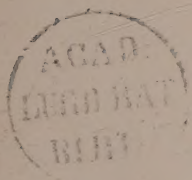
§ 931 B. G. B.

und die

Cession der Rei Vindicatio

INAUGURAL-DISSERTATION
der juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexander-Universität zu
—— Erlangen, vorgelegt von ——

ERNST FRITSCH
geboren zu Greinburg bei Grein an
der Donau in Ober-Oesterreich.
REFERENDAR AM HERZOGL. S. LANDRATSAMT IN COBURG



Approbiert am 12. Juli 1906.

COBURG
BUCHDRUCKEREI VON A. ROSSTEUTSCHER.
1907.

109

Referent:
Universitäts-Professor Dr. Binder.

MEINEN LIEBEN ELTERN!

Inhalts-Uebersicht.

	Seite.
A. Einleitender Teil.	1—8
B. Hauptteil: Wirkung der Cession der Rei Vindicatio.	
I. Gegenstand der Cession:	
§ 1. Allgemeines und Literatur.	9–21
§ 2. Recht im subjektiven Sinne.	21–31
§ 3. Anspruch.	31–45
§ 4. Rechtsschutzanspruch und Klagrecht.	45—53
§ 5. Gegenstand der Cession.	54—73
II. Rechtliche Stellung der Beteiligten:	
§ 6. Nach Pandektenrecht.	74–95
§ 7. Nach Reichsrecht.	96—105
C. Schlußwort.	106–108

A.

Einleitender Teil.

Während die Lehre von der Cession der persönlichen Klagen[1] in den Quellen ausführlich geregelt ist, finden wir die Cession der rei vindicatio nur an wenigen Stellen[2] erwähnt. Aber auch hier ist von einer Theorie derselben keine Rede, vielmehr handelt es sich um einige praktische Anwendungsfälle einer zwangsweisen Cession der rei vindicatio, die sich in zwei Gruppen scheiden lassen. Greifen wir demgemäß zwei Beispiele heraus:

l. 14. p. de furtis: Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsius scripsit. mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et condictionem et vindicationem . . . ita et Julianus. et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestat.

Hier sagt Ulpianus,[3] daß, wenn eine verkaufte Sache vor der Übergabe an den Käufer beim Verkäufer ohne dessen Verschulden gestohlen worden ist, die „actio furti" nicht dem Käufer, sondern nach wie vor dem Verkäufer zustehe. Dieser sei jedoch verpflichtet, dem Käufer die „actio furti", die „condictio furtiva" und die „rei vindicatio" abzutreten.

---

[1] Vergleiche über den Ausdruck: §§ 3 und 4.

[2] Quellen: l. 81. p. de furtis 47,2. l. 14. p. de furtis. l. 31. p. de a. c. v. 19,1. l. 35 § 4 de c. e. 18,1. l. 21. i. f. de hered. vel act. vend. 18,4. § 3a J. de emptione et venditione III. 23. l. 39. de don. i. v. et ux. 24,1. l. 21 de rei vind. 6,1. l. 12. de re jud. 42,1. l. 25 § 8 loc. cond. 19,2. l. 14 § 9 de servo corrupto 11,3. l. 63. de rei vind. 6,1. — Zitate: Stampe: S. 314 ff.

[3] l. 29. ad Sabinum.

l. 12. de re jud. 42,1: In depositi vel commodati judicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.

Hier gewährt Marcellus[4] demjenigen, welcher auf Grund eines Verwahrungsvertrages oder einer Leihe in Anspruch genommen und verurteilt worden ist, — selbst wenn er die herauszugebende Sache dolos verbracht hatte — Hilfe, indem er den Kläger-Eigentümer zur Abtretung der Klagen, insbesondere der rei vindicatio verpflichtet.

Die übrigen Quellenstellen behandeln den beiden analoge Fälle. Entweder muß der Beklagte die Cession der rei vindicatio vornehmen, wenn er vom Kläger daraufhin in Anspruch genommen wird oder von weitergehenden Ansprüchen des Klägers befreit sein will; oder der Kläger muß cedieren, wenn er seinerseits mit seinen Ansprüchen durchdringen will.[5]

In diesen einzelnen Entscheidungen hat Windscheid[6] ein Prinzip ausgesprochen gefunden. Nach ihm bestimmen die Quellen die Erzwingbarkeit der Übertragung der rei vindicatio einmal zu Gunsten desjenigen, welchem das Eigentum an einer Sache verschafft werden soll, der aber, weil der Gegner ohne seine Schuld die Sache nicht mehr hat, weder die Sache selbst, noch Schadensersatz erhält; dann aber zu Gunsten desjenigen, welcher die Sache herausgeben soll, aber nicht kann und dafür Schadensersatz geben muß. Was speziell die l. 63 de rei vind. 6,1 anlangt, so nehmen Mühlenbruch und Windscheid hier sogar einen Fall gesetzlicher Cession der rei vindicatio an. Sie stützen sich dabei auf die Worte: „cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit."[7]

Was schließlich die freiwillige Cession der rei vindicatio betrifft, so begegnet die Zulässigkeit derselben für das gemeine Recht keinem Zweifel.[8] Man beruft sich auf l. 9. C. de her. vel. act. vendita 4,39. Da diese Stelle für unsere weiteren Ausführungen sehr wichtig ist und wir öfters auf sie zurückkommen, so sei sie gleich hier im Wortlaut angeführt: „Certi et indubitati iuris est ad similitudinem eius, qui per-

---

[4] l. 4. digest.
[5] Stampe: S. 314;317.
[6] II. § 337 A. 1.
[7] Mühlenbruch: S. 473. Windscheid: II. § 337 A. 2.
[8] Statt Aller: Ihering: S. 104.

sonalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate . cum cuim actionis nomen generale est omnium sive in rem sive in personam actionum et apud omnes veteres iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat nihil est tale, quod differentiam in huius modi utilibus actionibus possit introducere."

In dieser Konstitution aus dem Jahre 531 n. Chr. stellt es Kaiser Justinianus als selbstverständlich hin, daß der Käufer einer dinglichen Klage nach Analogie des Käufers einer persönlichen Klage dieselbe „utiliter suo nomine" anstellen könne. Denn der Name „Klagen" sei allen, sowohl den persönlichen als den dinglichen gemeinsam und es liege kein Grund vor, in dieser Hinsicht einen Unterschied zu machen.

Aus dieser Stelle, die sich als einzige etwas allgemeiner über die Cession der dinglichen Klagen überhaupt ausspricht, hat man weiter den Grundsatz entnommen, daß die Vorschriften über die Cession der persönlichen Klagen auch auf die Cession der dinglichen Klagen anwendbar seien, soweit sich nicht aus der eigenartigen Natur der dinglichen Klagen ein anderes ergebe.[9] Und in der Tat, es ist nicht anzunehmen, daß die Römer für die Cession der dinglichen Klagen eine neue Theorie geschaffen und dieselbe in den Quellen mit Stillschweigen übergangen hätten.

Fragen wir nach dem Grunde dieser stiefmütterlichen Behandlung unseres Rechtsinstituts durch die Quellen. Der Grund liegt sehr nahe. Während die Übertragung des Forderungsrechtes nur indirekt durch Übertragung der Ausübung des Rechts in der Form der Cession der Klage möglich war, war die Übertragung des Eigentums auf direktem Wege durch Tradition möglich. Diese war die Regel. Nur in den Fällen, in denen der nichtbesitzende Eigentümer Eigentum übertragen wollte, war er auf die Cession der rei vindicatio angewiesen. Hier konnte sie praktisch unentbehrlich werden. Man denke an folgenden Fall: „Es will jemand wegen plötzlicher Flucht oder Auswanderung sein ganzes Vermögen versilbern. Teile desselben befinden sich aber in Händen dritter

[9] So z. B.: Ihering: S. 104. Glück: XVI. S. 379 ff. Leist: S. 30. de Carvayal: S. 3. Stampe: S. 319 f.

Personen. Die Tradition ist hier hinsichtlich der letzteren Sachen unmöglich, der Verkäufer kann und will auch eine Verpflichtung hierzu nicht übernehmen. Hier bleibt nichts übrig, als statt der Sachen die Klagen zu verkaufen, sodaß also der Käufer dieselben auf eigene Gefahr und Kosten anstellt."[10] Doch bleiben solche Fälle immerhin Ausnahmefälle, und Wissenschaft und Gesetzgebung im alten Rom scheinen sie zu den ganz seltenen Ausnahmefällen gerechnet zu haben. Darum ließen sie denselben eine so spärliche Regelung angedeihen.

Wie die Quellen, so auch die ältere Literatur. Während Puchta in seinem Aufsatz über die Cession[11] die Cession der rei vindicatio gar nicht erwähnt, behandelt das Hauptwerk über Cession von Mühlenbruch[12] die Frage nur ganz oberflächlich an wenigen Stellen. Mühlenbruch[13] geht von dem Grundsatz aus, daß nur Forderungen Gegenstand der Cession sein können. Hierzu rechnet er aber auch die dinglichen Klagen, indem er lehrt, daß die Verletzung eines jeden Rechtes, auch eines absoluten, ein persönliches Rechtsverhältnis zwischen Kläger und Beklagtem mit obligationsmäßigen Folgen erzeuge.[14] Das Passivsubjekt desselben sei der jedesmalige Besitzer.[15] Da nun Mühlenbruch auch für das gemeine Recht an der Unübertragbarkeit des Forderungsrechtes selbst festhält,[16] so stellt sich nach ihm die Wirkung der Übertragung der rei vindicatio folgendermaßen dar: Das Eigentumsrecht sowohl als auch das aus der Verletzung desselben entstehende Forderungsrecht gegen den Besitzer verbleiben beim Cedenten. Der Cessionar hat lediglich das Recht der Ausübung dieses Forderungsrechtes gegen den Besitzer. Daran ändert auch die Denuntiation an den Besitzer nichts. Sie sichert dem Cessionar lediglich einen obligatorischen Schadensersatzanspruch.

---

[10] Ihering: S. 107; 108.
[11] Weiskers Rechtslexikon: II. S. 638 f.
[12] a. a. O. S. 18; 247 ff. 507.
[13] S. 245. Ebenso: Sintenis: § 128 Anm. 25 f. Attenhofer: S. 232.
[14] Mühlenbruch: S. 19.
[15] Mühlenbruch: S. 507.
[16] a. a. O: § 18. Vergl. auch: Vangerow: III. § 574 A. 1.

Die Ausführungen Mühlenbruchs erfreuten sich bis in die fünfziger Jahre des vorigen Jahrhunderts der unbestrittenen Herrschaft in Theorie und Praxis. Da erschien im Jahre 1857 Rudolf von Iherings Abhandlung: „Übertragung der rei vindicatio auf Nichteigentümer." v. Ihering tadelte in derselben die Literatur, die dem interessanten Thema bisher so wenig Beachtung geschenkt und warf den Anhängern Mühlenbruchs den Fehdehandschuh zu. Er bezeichnete den Gesichtspunkt, unter welchem Mühlenbruch die Frage der Cession der rei vindicatio behandelte, als eine „gänzliche Verkennung des Verhältnisses".[17] Gerade die Behandlung der Cession der rei vindicatio, einer dinglichen Klage, hätte Mühlenbruch die Augen öffnen müssen, daß seine Idee, die Cession sei die Übertragung eines Forderungsverhältnisses, unmöglich sei. Ihering selbst stellt eine Theorie auf, die in dem Satz gipfelt: Der Cessionar übt das Klagerecht des Cedenten aus, aber vermöge eigenen Rechts. Nun war auf einmal das Interesse für die bisher vernachlässigte Lehre wachgerufen. Man bemächtigte sich der Idee des Altmeissters und arbeite auf der von ihm geschaffenen Grundlage weiter, wenn man auch teils andere Folgerungen aus derselben zog, oder man bekämpfte seine Lehren mit regem Eifer. So folgten in rascher Reihenfolge in den Jahren 1857 bis 1869 die Ausführungen von Windscheid,[18] Bähr,[19] Zimmermann,[20] Pagenstecher,[21] Bekker,[22] Schmid,[23] Exner,[24] Gruchot,[25] Goldschmidt,[26] Sintenis.[27] Nach einer fast zehnjährigen Pause schlossen sich an die Erörterungen von Kohler,[28]

---

[17] Ihering: S. 102 A. 1. Vergl. 102 ff.

[18] Actio: S. 219—221.

[19] Zur Cessionslehre: In Ih. Ib: Bd. 1. S. 369 ff. 443—445.

[20] Über fingierte und stillschweigende Cession. In Lindes Zeitschrift: Bd. 15. S. 102—121 (1858).

[21] Die römische Lehre vom Eigentum: III. S. 35 ff.

[22] Über die actiones in rem. Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts: Bd. 4. S. 205—209.

[23] Die Grundlehren der Cession: II. S. 328—346.

[24] Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition: S. 189 ff.

[25] Glossen zum Allgemeinen Landrecht. In seinen „Beiträgen", Bd. 11. S. 540—544.

[26] Handelsrecht: I. S. 706 f.

[27] Das praktische gemeine Civilrecht: II. § 128 Anm. 25 u. 26.

[28] Deutsches Patentrecht: S. 472—474 (zitiert: Patentrecht). Annahme und Annahmeverzug. In Ih. Ib: Bd. 17. S. 320 f.

v. Schey,[29] Attenhofer,[30] Foerster-Eccius,[31] Leist,[32] de Carvayal,[33] Dernburg.[34] Auch Windscheid trat in der 7. Auflage seiner Pandekten[35] mit einer neuen Ansicht hervor. Die jüngste Bearbeitung des Themas ist die von Stampe,[36] welcher die gesamte Literatur zusammengestellt und die sämtlichen Streitfragen, welche die Lehre gezeitigt hat, aufgeführt hat.

Den Hauptgegenstand der Erörterungen bildete selbstverständlich das Recht des Cessionars: Was war Gegenstand der Cession? Von der Beantwortung dieser Frage hing mehr oder minder die Beantwortung aller weiteren Fragen nach der rechtlichen Stellung das Cessionars ab, insbesondere aber die Frage, wann der Cessionar Eigentum erwarb. In dieser Richtung gingen nun die Ansichten weit auseinander. „Man vergleiche einmal die Skala der Ansichten von Zimmermann[37] bis Ihering.[38] Sie reicht vom ausgeprägten dinglichen Rechte bis zu einer völlig prekären Rechtsstellung.[39] Wenn wir von der Ansicht Zimmermanns absehen, so können wir für das gemeine Recht zusammenfassend sagen: Der Cessionar erwirbt durch die Cession der rei vindicatio das Eigentum selbst noch nicht, sondern nur das Recht der Geltendmachung desselben. Von dem Erfolge der letzteren hängt der Eigentumserwerb ab. Durch die Cession der rei vindicatio wird Eigentumsübergang nicht bewirkt, sondern nur vermittelt.

Umso gespannnter durfte man auf die Regelung sein, welche diese Materie durch das Bürgerliche Gesetzbuch erfahren würde. Der erste Entwurf hielt für die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen streng am Traditionsprinzipe fest, obwohl er nicht verkannte,[40] daß infolgedessen

---

[29] Über Rechtsverwandlungen. In Grünhut: Bd. 8. S. 127 f.

[30] Der Gegenstand der Cession. In der Zeitschrift f. schweizerisches Recht: Bd. 26. S. 232—242.

[31] Preuß. Privatrecht. 5. Aufl.: II. S. 640—649.

[32] Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien: S. 29—41.

[33] de Carvayal y Viana: Cession der Rei vindicatio (Göttinger Innauguraldissert.).

[34] I. § 225 A. 2—4. II. § 50 A. 1.

[35] II. § 337.

[36] Die Lehre von der Abtretung der Vindikation. Arch. f. civ. Pr.: Bd. 80. S. 305 ff.

[37] a. a. O: S. 112.

[38] a. a. O: S. 110 ff.

[39] Stampe: a. a. O. S. 362.

[40] Motive: III. S. 334.

dem Nichtbesitzer die Veräußerung unmöglich gemacht war. Doch rechtfertige sich diese Erschwerung aus denselben Gründen, aus denen im Immobilienrechte nur der eingetragene Berechtigte über Rechte an Grundstücken verfügen könne. „Der veräußernde Eigentümer möge sich zunächst den Besitz verschaffen." Nur für den Fall, daß sich die Sache in den Händen einer dritten Person befindet, welche die tatsächliche Gewalt für den tradierenden Besitzer ausübt, gab er die Möglichkeit der Eigentumsübertragung durch Anweisung an den Inhaber, die tatsächliche Gewalt fortan für den Erwerber auszuüben.[41] Doch war diese Übergabe mittels Anweisung und mit ihr die Eigentumsübertragung von dem Willen des in Besitz befindlichen Dritten abhängig gemacht; denn dieser konnte der Anweisung widersprechen und durch seinen sofortigen Widerspruch den Übergang des Eigentums verhindern. In diesem Falle, sowie in den Fällen des Eigenbesitzes des Dritten, war der Eigentümer auf die Cession der rei vindicatio angewiesen. Die Zulässigkeit derselben läßt sich trotz des Schweigens des Entwurfs aus den Motiven[42] schließen, woselbst auf das praktische Bedürfnis derselben hingewiesen ist und ihr Ausschluß als eine Disharmonie mit § 223 des Entwurfs bezeichnet wird, welcher einen Fall gesetzlicher Cession der rei vindicatio enthielt. Die Realisierung der Vindikationscession und die Wirkung derselben waren im Sinne der Motive dieselben, wie im römischen Recht. Das Recht des ersten Entwurfs bedeutete somit, was die Eigentumserwerbsarten anlangt, nur einen ganz geringen, was die Lehre von der Vindikationscession anlangt, gar keinen Fortschritt gegenüber dem römisch-gemeinen Recht.

Ganz anders der zweite Entwurf. Die zweite Kommission hielt es für ein unabweisbares[43] Bedürfnis, daß dem Eigentümer einer beweglichen Sache auch dann die rechtliche Möglichkeit gewährt werde, das Eigentum an der Sache zu übertragen, wenn weder er selbst, noch derjenige, welchem das Eigentum übertragen werden sollte, im Besitze der Sache ist. Die Kommission hätte dieses Ziel dadurch erreichen können, daß sie, wie dies im französischen Recht[44] der Fall

[41] Entwurf I: §§ 804; 874.
[42] III. S. 400.
[43] Reatz: I. S. 461 f.
[44] Cod. civ: art. 1138; 711.

ist, bereits dem obligatorischen Vertrage die Kraft verlieh, Eigentum zu übertragen, daß sie den Zeitpunkt der dinglichen Bindung mit dem der persönlichen zusammenfallen ließ. Eine derartige Regelung des Eigentumserwerbs an beweglichen Sachen hätte der Auffassung des Laien entsprochen, dem es befremdlich erscheint, daß er, wenn er eine Sache gekauft und bezahlt hat, noch nicht Eigentum an derselben, sondern nur eine Forderung auf Übereignung an den Verkäufer hat. Diesen Weg hat die Kommission jedoch nicht eingeschlagen. Auch der zweite Entwurf schließt sich grundsätzlich dem Traditionsprinzip an: Die Eigentumsübertragung vollzieht sich bei beweglichen Sachen durch Einigung und Übergabe. Nur für den Fall, daß sich ein Dritter im Besitz der Sache befindet, macht er eine Ausnahme. Hier kann die Übergabe durch die Abtretung des „Anspruchs auf Herausgabe" ersetzt werden.[45] Der zweite Entwurf ist also dem praktischen Bedürfnis, daß auch der nicht besitzende Eigentümer Eigentum übertragen können müsse, dadurch gerecht geworden, daß er die Vindikationscession zu einem dem modernen Verkehrsleben entsprechenden Rechtsinstitut ausgestaltet hat. Durch die Vindikationscession wird nunmehr Eigentumserwerb nicht mehr vermittelt, sondern bewirkt — die Einigung natürlich vorausgesetzt. Der zweite Entwurf hat den entscheidenden Schritt getan, vor dem das gemeine Recht und der erste Entwurf zurückschreckten. Ihm folgt auch das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es in § 931 bestimmt: „Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Veräußerer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt."[46]

So ist denn in der Neujahrsnacht 1900, als das neue „corpus iuris germanici" in Deutschlands Gauen Einzug hielt, die vielbestrittene Lehre des Pandektenrechts ihrer praktischen Bedeutung beraubt worden. Trotzdem wird sie in der Wissenschaft fortleben, zu deren Lieblingskindern sie seit Iherings Zeiten zählte, und verglichen mit den Bestimmungen des § 931, dessen Werdegang sie bedeutet, wird sie stets von hohem Interesse sein.

[45] Entwurf II: § 842; 844.
[46] Vergl. B.G.B. §§ 929 ff.

B.

Hauptteil.

Wirkung der Cession der Rei Vindicatio.

I. Gegenstand der Cession.

§ 1. Allgemeines und Litteratur.

Nach l. 9. C. de her. vel act. vendita 4,39 finden, wie wir oben gesehen haben, auf die Cession der dinglichen Klagen die Vorschriften über die Cession der persönlichen Klagen entsprechende Anwendung. Wenn wir daher die Wirkung der Vindikationscession erörtern wollen, müssen wir zunächst einiges aus der Lehre der Forderungscession vorausschicken[1] und dann abwägen, welche Vorschriften mit der Natur unserer specialis in rem actio in Einklang zu bringen sind, welche nicht.

Das altrömische Civilrecht betrachtete die Obligation als „iuris vinculum"[2] zwischen zwei Personen, das einen Wechsel seiner Subjekte nicht überdauern konnte. Es hielt deshalb starr an der Unveränderlichkeit dieser Subjekte fest und machte nur für den Erben eine Ausnahme. Schulden und Forderungen des Erblassers gingen regelmäßig auf den Erben über. Aber diese Ausnahme fand ihre Rechtfertigung nicht im Obligationen- sondern im Erbrecht. Der Erbe setzte sozusagen die Persönlichkeit des Erblassers fort, er repräsentierte den Erblasser.[3] Wollte sonst der Gläubiger seine Forderungen auf einen Anderen übertragen, so war dies nur auf dem Wege möglich, daß das alte Schuldverhältnis aufgehoben und zwischen den neuen Beteiligten ein neues auf dasselbe Ziel

[1] Literatur: Dernburg: II. § 47 ff. Windscheid: II. § 328 ff.

[2] J. 3. 13. pr: Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

[3] Über die bestrittene Frage: Dernburg: III. § 55. Windscheid: III. § 605 A. 5 u. 6.

gerichtetes Schuldverhältnis begründet wurde · Novation.[4] Zu diesem Zwecke wies der bisherige Gläubiger seinen Schuldner an, sich dem neuen Gläubiger zu verpflichten -- Delegation. Der Schuldner versprach dem daraufhin stipulierenden neuen Gläubiger, ihm zu leisten, was er dem bisherigen Gläubiger schuldete.

Diese an die Mitwirkung des Schuldners gebundene, umständliche Art der Veräußerung der Obligation genügte dem steigenden Verkehrsbedürfnis bald nicht mehr. Die Obligationen bildeten einen immer wichtigeren Bestandteil des Vermögens, sie wurden deshalb immer mehr Gegenstand des Handels und Verkehrs, und es mußte zu ihrer Veräußerung ein einfacheres und rascheres Mittel geschaffen werden. Da ein gerader Weg zur Befriedigung dieses Bedürfnisses nicht offen stand, griff man zu einem Hilfsmittel, welches dem Gebiete des Prozeßrechtes angehörte. Man machte nämlich denjenigen, welchem man die Forderung übertragen wollte, zum Prozeßbevollmächtigten mit der Ermächtigung, das Einkassierte für sich zu behalten, man machte ihn zum „procurator in rem suam". Aber auch als solcher konnte er nicht aus eigenem Rechte, sondern nur aus fremden Rechte, aus dem Rechte seines Auftraggebers klagen. Er war von rechtswegen nicht Gläubiger, sondern nur Beauftragter des Gläubigers. Ja er war formell nicht berechtigt, sondern gleich einem jeden Beauftragten zur Einkassierung der Forderung verpflichtet.[5] Widerrief der Gläubiger das Mandat oder starb er, so erlosch das mandatum in rem suam wie jedes andere Mandat auch. In ein festes Verhältnis zu der Forderung trat der Mandatar erst in dem Augenblick, in welchem er mit dem Schuldner die „litis contestatio" vollzogen hatte. Dies geschah im Formularprozeß durch rechtsförmliches Geben und Nehmen der „formula". Die „intentio" dieser formula lautete auf den Namen des Vertretenen, während die „condemnatio" zu Gunsten des procurator gefaßt war. Gaius[6] schildert uns die Klageweise folgendermaßen:

---

[4] Digestentitel: 46,2; Cod: 8,41; Gaius Instit: II. § 38. Dernburg: II. § 59 f. Windscheid: II. § 353, mit Zitaten.

[5] Sohm: Institutionen (7. Aufl.) § 87 S. 403.

[6] Gaius Inst. IV. § 86.

„Qui autem" alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia L. Titius pro P. Maevio agat, ita formula concipitur: Si paret Nm. Nm. P. Maevio sestertium decem milia dare oportere, judex Nm. Nm. L. Titio sestertium X milia condemna, si non paret, absolve.

Erst durch die litis contestatio wurde der procurator dominus litis und selbst Prozeßpartei, zu deren Gunsten die Wirkung des Prozesses eintrat. Von diesem Augenblick an war das erteilte Prozeßmandat unwiderruflich.

Doch das römische Recht ist auf diesem Standpunkt nicht stehen geblieben. Es machte sich gar bald das Bedürfnis geltend, daß das mandatum in rem suam schon in einem früheren Zeitpunkt unwiderruflich werde. Zu diesem Zwecke gewährte man dem Mandatar das Recht, die zu seinen Gunsten geschehene Erteilung das Mandates dem Schuldner mitzuteilen, man gewährte ihm das Recht der „denuntiatio" wahrscheinlich[7] mit der weiteren Wirkung, daß der Schuldner von nun ab nicht mehr an den bisherigen Gläubiger zahlen durfte.

Vollendet wurde die Entwickelung des Rechtsinstituts in der Kaiserzeit durch Gewährung von „actiones utiles" an den Erwerber der Forderung, den Cessionar. Diese actiones utiles wurden gewährt ohne Rücksicht darauf, ob ein Mandatsverhältnis zwischen Cedent und Cessionar vorlag oder die Forderung einfach und ohne weitere Vermittelung abgetreten worden war.[8] So gewährte Kaiser Antoninus Pius dem Erbschaftskäufer[9] eine actio utilis. Wahrscheinlich auch durch kaiserliche Reskripte wurde sie später gewährt im Falle der Abtretung einer Forderung durch Kauf,[10] Verpfändung,[11] Legat,[12] Mitgiftbestellung,[13] Hingabe an Zahlungsstatt.[14] Durch

---

[7] Das Verhältnis der Denuntiation zur Cession ist sehr bestritten. Es würde zu weit führen, alle Einzelheiten dieser Streitfrage zu erörtern. Auf den einen oder anderen Punkt kommen wir im § 6 zu sprechen. Im Übrigen vergleiche: Dernburg: II. § 48 A. 2. Windscheid: II. § 331 A. 8 ff.

[8] Windscheid: Actio S. 125.

[9] l. 16. pr. D. de pactis 2. 14.

[10] l. 1. 2. C. de obl. et act. 4. 10; l. 5. 7. 8. 9. C. de her. vel. a. v. 4 39.

[11] l. 20. D. de pign. (20. 1.) — L. 4. C. quae res pignori 8. 17.

[12] l. 18. C. de legatis 6. 37.

[13] l. 2. C. de obl. et act.

[14] l. 3. C. de nov. 8. 42. l. ult. C. quando fiscus 4. 15.

eine Konstitution[15] vom Jahre 528 n. Chr. gewährte sie Kaiser Justinian auch dem Schenknehmer einer Forderung. Allerdings findet sich nirgends in den Quellen der allgemeine Satz ausgesprochen, daß das Abtreten der Forderung immer und in allen Fällen die „utilis actio" verleihe. Sie wird vielmehr, wie wir gesehen haben, immer nur für einen konkreten Grund der Abtretung anerkannt. Doch tritt in diesen zahlreichen Quellenaussprüchen das Prinzip offen und unzweifelhaft zu Tage: Der Erwerber der Forderung erhält eine actio utilis. Daß die Gewährung derselben einen bedeutsamen Fortschritt in der Entwickelung der Cession darstellte, darüber herrscht wohl heute Einigkeit. Umso bestrittener aber ist ihre Bedeutung, insbesondere ihr Verhältnis zur actio mandata, und ihre prozessuale Beschaffenheit. Während Dernburg[17] offen bekennt, daß das Verhältnis der actio utilis zur actio mandata mehr oder minder dunkel sei und wir über die Form der utilis actio so gut wie gar nichts wissen, haben seine Vorgänger[18] und Zeitgenossen die verschiedensten Theorien aufgestellt. Wir können im Hinblick auf unsere späteren Betrachtungen nicht darauf verzichten, die eine oder andere flüchtig zu streifen.

Nach Mühlenbruch[19] ist die actio utilis des Cessionars nichts anderes als die actio mandata ohne die Beschränkungen des Mandats. Sie tritt auch nach Mühlenbruch in den Fällen ein, in denen ein Mandat nicht vorliegt oder das erteilte Mandat erloschen war. Aber wie diese Neuerung mit der alten Form in Einklang bringen? Mühlenbruch war darum nicht verlegen. Doch anstatt die alte Form dem neuen Geiste zu opfern, wurde dieser gewaltsam der Form angepaßt. Es wurde einfach ein Mandat fingiert[20] und aus diesem fingierten Mandate der Satz hergeleitet, daß die utilis actio eine f r e m d e actio sei, die actio des Cedenten, welche der Cessionar als e i g e n e geltend mache.[21] Die Lehre Mühlenbruchs war, wie überhaupt

[15] l. 33. C. de don. 8. 54.
[16] Über alles: Windscheid: Actio S. 125; 126.
[17] II. § 47. Anm. 8.
[18] Mühlenbruch: a. a. O. S. 201 ff. und die dort Zitierten.
[19] § 15 und 16, insbesondere S. 151, 152.
[20] Mühlenbruch: S. 187: Es wird durch die utiles actiones ein unwirksames Mandat ergänzt oder ein gar nicht erfolgtes als vorhanden angenommen.
[21] Mühlenbruch: § 16 insbesondere S. 183—185.

so auch bezüglich dieses Rechtsverhältnisses, lange Zeit hindurch die herrschende.[22]

Da trat im Jahre 1856 Bernhard Windscheid gegen dieselbe in die Schranken.[23] Er bezeichnete die Auffassung Mühlenbruchs als völlig verfehlt und die Fiktion eines Mandates als völlig willkürlich und aus der Luft gegriffen. Zunächst sei die actio utilis nicht eine dem Cedenten zustehende, vom Cessionar statt desselben geltend gemachte, sie sei vielmehr eine dem Cessionar zustehende actio, sie sei eine „eigene" actio. Für das Gericht sei der Cessionar Forderungsberechtigter geworden. Der Cessionar sei weder Beauftragter des Cedenten noch ein vom Gerichte selbst geschaffener Stellvertreter desselben, denn die Quellen[24] sagten ausdrücklich, daß er „suo nomine" klage. Ebenso willkürlich, wie die Fiktion des Mandates, seien aber auch die Folgerungen, die Mühlenbruch aus derselben ziehe. Denn entweder sei die utilis actio auf die mandata actio nicht zurückzuführen, dann falle aller Grund weg, sie als fremde actio anzusehen, oder sie sei darauf zurückzuführen, dann sei sie nicht bloß eine fremde actio, sondern auch eine actio im Namen eines Anderen, eines Fremden. Aber das eine herausnehmen, was einem passe, und das andere darin lassen, was einem nicht passe, und dementsprechend zu sagen, die utilis actio sei eine fremde, welche der Cessionar als eigene geltend mache, gehe nicht an. Außerdem enthalte der Begriff einer actio, welche eine fremde sei und doch als eigene geltend gemacht werde, einen nackten Widerspruch. Man könne nicht ein fremdes Recht als fremdes haben und doch als eigenes. Die actio utilis sei deshalb weder eine fremde actio als fremde, noch eine fremde actio als eigene, sie sei gar keine fremde actio, sie sei schlechthin eine eigene actio des Cessionars.[25]

---

[22] Vergleiche: Vangerow: III. S. 113, 114. Im Ergebnis übereinstimmend Puchta: § 235: „Zwischen dem Cedenten und dem Cessionar besteht ein obligatorisches Verhältnis, vermöge dessen der Cessionar ein Recht auf Geltendmachung der Forderung für seine Rechnung hat."

[23] Actio: S. 126 ff.

[24] l. 5. D. de proc. 3. 3. l. ult. C. quando fiscus 4. 15. l. 18. C. de leg. 6. 37.

[25] Windscheid: Actio S. 132, 133 ff. Zu beachten ist allerdings die sonderbare Auffassung Mühlenbruchs vom Wesen der Cession. Vergl. z. B. S. 38.

Auf der von Windscheid gebrochenen Bahn sind Bähr,[26] v. Salpius[27] und Brinz[28] weiter gegangen, während die von Schmid[29] vertretene Ansicht einen teilweisen Rückfall in die Mühlenbruch'sche Theorie bedeutet. Schmid lehrt, daß die „formula" der actio utilis die Fiktion enthalten habe, der Cessionar sei Herr des Klagerechts, dominus actionis, und sie habe im Ganzen zu dem nämlichen Erfolge geführt, als wenn der Cessionar selbst das Klagerecht begründet hätte. Jedoch glaubt er, auf Grund einer Basilikenstelle und eines Scholions zu einer solchen[30] für gewisse Fälle noch eine zweite Fiktion neben die oben erwähnte stellen zu müssen, nämlich die Fiktion eines Mandates.[31]

Eine weitere Frage ist, wie die actio utilis des Cessionars formuliert worden ist. Auch hierüber ist aus den Quellen so gut wie nichts zu entnehmen. Trotzdem hat die Wissenschaft die verschiedensten Rekonstruktionsversuche gemacht. Wir wollen der Vollständigkeit halber auch dieses Gebiet kurz streifen. Wir haben oben gesehen, daß vor Gewährung der actiones utiles der Cessionar in der Weise klagte, daß die condemnatio zu seinen Gunsten gestellt wurde, während die intentio auf den Auftraggeber, den Cedenten lautete. Es liegt nun der Gedanke nahe, daß der Fortschritt, den die Gewährung der actiones utiles bedeutete, darin lag, daß der

---

[26] a. a. O. S. 404.

[27] Novation und Delegation: S. 396 ff.

[28] Brinz: II. § 284 insbesondere A. 8.

[29] Schmid: I. S. 8 ff. S. 183 f.

[30] XXIV. 3. c. 5; 2 zu XXXVIII. 18. c. 2. zitiert bei Brinz: II. § 284 A. 8.

[31] Vergleiche noch: Vangerow (7. Aufl.): III. § 574 A. 1 Nr. 1 und Francke: Kommentar über den Pandektentitel de hered. pet. S. 399 ff.

Gegen Windscheid: Muther: Zur Lehre von der römischen actio vom Standpunkt des heutigen Rechts S. 126 ff. [Dagegen wieder: Windscheid: Actio, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther. 1857.]

Eine neue Ansicht ist die von Eisele: „Die actio utilis des Cessionars." Festschrift. Freiburg 1887. Vergl. insbesondere: S. 40. Eisele fingiert eine rechtsgeschäftliche Aktivdelegation, die er, wie v. Salpius a. a. O: S. 345 ff. als Singularsuccession in das Forderungsrecht auffaßt. Er steht sonach schon für das römische Recht auf dem Standpunkt, daß die Cession eine Sondernachfolge in das Forderungsrecht bedeute. — Wir halten diese Ausführungen, so interessant sie auch sind, vom Standpunkt des römischen Rechtes doch nicht für richtig. — Auch Sohm steht auf dem Standpunkt der Singularsuccession für das römische Recht. (Inst. 7. Aufl: S. 405.)

Gegen Eisele: Unger: Ih. Ib. Bd. 26. S. 412.

Cessionar nunmehr auch die intentio aus seiner Person entnahm und einklagte, nicht „quod illi", sondern „quod sibi debetur". Eine derartige „eigene" actio im vollen Sinne des Wortes vertraten Savigny[32] und einstens auch Windscheid.[33] In seiner „Actio"[34] hat Windscheid diese Behauptung als auf einem Irrtum beruhend zurückgenommen, denn die Obligation sei dem Cessionar ja nicht erworben, sondern nur die actio. Der Begriff „eigene actio", den er nunmehr aufstellte, hat, wie wir gesehen haben, eine ganz andere Bedeutung und ist im wesentlichen nur gegen die Theorie Mühlenbruchs gerichtet. Gelegentlich der Bekämpfung derselben legt Windscheid eine andere Fiktion nahe, ohne sich allerdings selbst für dieselbe zu entscheiden, nämlich die Fiktion, daß der Cessionar wirklicher Gläubiger sei.[35] Veranlassung hierzu bot ihm die l. 8. C. de her. vel act. vend. 4.39, in welcher dem Cessionar eine utilis actio „exemplo creditoris" gegeben wird. Brinz, welcher früher[36] den Vorschlag Windscheids akzeptiert hatte, legt die Stelle nunmehr folgendermaßen aus:[37] Creditor bedeute ebenso wie in l. 7. C. h. t. in der Wendung „velut ipsi creditori" „Pfandgläubiger" und „exemplum" die „Analogie", nicht die Supposition oder Fiktion. Die Sachlage bei der actio utilis sei vielmehr so, daß die Forderung nur den Inhalt, den Belang, die Erwerbstatsache dagegen den Grund der Klage bilde. Die letztere würde sonach zur intentio und damit die utilis actio zur „in factum actio", der Betrag der Forderung zur Kondemnationssumme. Eine solche actio in factum liegt wohl auch in der Konsequenz der Windscheid'schen Auffassung. Denn wenn man für die actio utilis suo

---

[32] „Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts." I. S. 246.

[33] Münchener kritische Überschau: Bd. 1. S. 42.

[34] S. 128.

[35] Actio: S. 131. Eine actio ficticia nehmen an: Schmid: I. S. 8 ff. 183 ff. Ähnlich wie Mühlenbruch: Bechmann in seiner Recension der Schrift von A. Schmid: „Die Grundlehren der Cession." In der Münchener kritischen Vierteljahresschrift: Bd. 10. S. 209 ff (zitiert bei Eisele: a. a. O. S. 7). Ferner v. Salpius: a. a. O. S. 404 (zitiert bei Eisele: a. a. O. S. 15). v. Salpius nimmt für die dem Käufer einer Erbschaft gegebene actio utilis suo nomine die Fiktion an: „si heres esset". Eisele: a. a. O. S. 40 fingiert: „Si Titius (der erste Gläubiger) Nm. Ao. delegavisset."

[36] Brinz: II. § 284 A. 9.

[37] Vergl. A. 36.

nomine jegliche Fiktion verwirft, dagegen das „suo nomine" ernstlich nimmt, so bleibt nur eine actio in factum übrig.[38]

Mag man nun die actio utilis des Cessionars auffassen als eine fremde actio, die der Cessionar vermöge eigenen Rechtes geltend macht, oder als eigene actio des Cessionars, die Frage, was im römischen Recht Gegenstand der Cession war, läßt sich in gleicher Weise beantworten: Gegenstand der Cession war lediglich „actio", die „obligatio" verblieb beim Cedenten.[39] Ob das römische Recht freilich dieser beim Cedenten verbliebenen obligatio noch wesentliche Bedeutung beigelegt hat, ist eine andere Frage. Das Verhältnis zwischen Cedent und Cessionar dürfte ein ähnliches gewesen sein, wie das zwischen heres und bonorum possessor (sofern dieser dem heres voranging), oder wie das Verhältnis zwischen dominus ex iure Quiritium und demjenigen, welcher die Sache „in bonis" hatte.[40] So dürfte im praktischen Resultate bereits das römische Recht eine Sondernachfolge in das Forderungsrecht selbst gekannt haben. Im gemeinen Rechte hat sich der Satz, daß die Cession eine Sondernachfolge in das Forderungsrecht selbst bewirke, immer mehr als Rechtsgrundsatz Bahn gebrochen.[41] Man hat sich zu einer Begründung auf die bestrittene actio utilis berufen, auch angeführt, daß bereits Kaiser Justinian von einem „transferre debitum" gesprochen habe.[42] „Der schlagendste Beweis aber ist wohl der, daß die Cession im gemeinen Recht sachlich die Gestalt einer Sondernachfolge in das Forderungsrecht selbst angenommen hat, und daß alle ihre einzelnen Rechtssätze auf diese Idee zurückleiten."[43]

---

[38] Vergl. hierüber Eisele: a. a. O. S. 16. Eine actio in factum wird weiter angenommen von: v. Salpius: a. a. O. S. 408; 415 ff. für alle Fälle mit Ausnahme des Erbschaftskaufs. Krasnopolski: zitiert bei Brinz: II. § 284 A. 9. Francke: Kommentar über den Pandektentitel de her. pet. S. 400.

[39] Über die Verschiedenheit des Verhältnisses von actio und ius beim obligatorischen und beim dinglichen Recht werden wir weiter unten — vergl. § 2 und 3 — noch ausführlich zu sprechen haben.

[40] Windscheid: II. § 329 A. 8.

[41] Statt Aller: Dernburg: II. § 48. Windscheid: II. § 329 insbesondere A. 9 und 10, sowie die dort zit. Lit. Dagegen Mühlenbruch: a. a. O. § 18. Vangerow: III. § 574 A. 1.

[42] l. 23. C. mandati 4,35.

[43] Dernburg: II. § 48 A. 1.

Was sich im Gebiete des gemeinen Rechts auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes herausgebildet hatte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch[44] zum Gesetz erhoben, indem es in § 398 bestimmt: „Eine Forderung kann vom Gläubiger durch Vertrag mit einem Anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung)." Gegenstand der Cession ist nun nicht mehr die actio, sondern die obligatio.

Wir kommen nunmehr zum zweiten Teil der eingangs gestellten Aufgabe, nämlich zur Beantwortung der Frage, ob die Cession der dinglichen Klagen diese ganze Entwickelung mitgemacht hat. Hat sich auch sie vom Standpunkte des mandatum in rem suam, welches dem Cessionar nur ein prekäres Recht auf Geltendmachung eines fremden Rechtes gewährte, emporgeschwungen bis zur Sondernachfolge in das Recht selbst? Mit anderen Worten: Kann man nunmehr auch von ihr sagen, daß sie sich zu einem Rechtsinstitut herausgebildet hat, bei dem Gegenstand der Cession nicht mehr „actio", sondern das zu Grunde liegende ius, das dominium ist?

Hätte die Cession der dinglichen Klagen diese Umwandlung erfahren, so müßte man den Satz als richtig anerkennen, daß auch das Eigentum durch bloßen Abtretungsvertrag übertragen werden kann. Doch dieser Satz würde gegen die elementarsten Regeln unseres Sachenrechts verstoßen. Es hat deshalb auch Niemand gewagt, ihn für das römisch-gemeine Recht und für das Bürgerliche Gesetzbuch aufzustellen.[45] Wir müssen also einen Schritt in der Entwickelung der Cession zurückgehen. Da kommen wir zu den utiles actiones die, wie wir gesehen haben, die Kaiser dem Erwerber der Forderung gewährten, um seine Stellung dem Cedenten gegenüber zu festigen. Mag man nun die Bedeutung der utiles actiones darin suchen, daß der Cessionar ein fremdes „Klagrecht" im eigenen Namen, vermöge eigenen Rechts ausüben durfte, oder darin, daß er eine „eigene" actio erhielt, es spricht gewiß kein Grund dagegen, anzunehmen, daß auch die Cession der dinglichen Klagen dieses Stadium der Ent-

[44] Vergleiche jedoch: A. Affolter. Im Archiv f. Bürg. Recht. Bd. 18. S. 296 ff. Derselbe ist selbst vom Standpunkte des B.G.B. aus noch gegen die Sondernachfolge in das Forderungsrecht selbst.

[45] Vergleiche dagegen: Code civ. Art. 711; 1138.

wickelung erreicht hat. Eine dingliche Klage kann ich gewiß ebensogut wie eine persönliche im eigenen Namen, vermöge eigenen Rechts oder als „eigene" Klage ausüben. Ja wir haben dafür sogar ein unzweideutiges Quellenzeugnis, unsere l. 9. C. citata, in welcher es heißt, daß der Käufer einer dinglichen Klage ebenso gut, wie der Käufer einer persönlichen Klage eine actio utilis suo nomine haben soll.

Nun können wir auch die Frage nach dem Gegenstande der Cession bei den dinglichen Klagen beantworten: „Gegenstand der Cession ist „actio", nicht das „dominium". Doch der Umstand, daß die Gewährung der utilis actio an den Cessionar einer Forderung im praktischen Resultate schon in Rom einer Sondernachfolge in das Forderungsrecht selbst gleichkam, hat Veranlassung gegeben, zu behaupten, der Cessionar der rei vindicatio erwerbe ein dominium utile. Die Frage ist bereits in der Glossatorenzeit erörtert worden.[46] Nach dem Wenigen, was uns Accursius überliefert hat, scheint es jedoch, daß man sie verneint, den Streit an sich auch für ziemlich unbedeutend gehalten hat. Die verschiedenen Nachfolger der Glossatoren haben die Frage von Neuem aufgeworfen und sich mit mehr Umständlichkeit darüber verbreitet. Salicetus zählt die verschiedenen Ansichten seiner Vorgänger auf und äußert sich verneinend zu der Frage.[47] Auch in neuerer Zeit ist man derselben wieder näher getreten und hat gelehrt, daß die Cession der rei vindicatio den Übergang eines „dominium utile" auf den Cessionar bewirke.[48] [49]

---

[46] Glosse ad. l. 3. D. fam. erc. 10. 2: Ergo si cedam rei vindicationem non tamen tu es dominus sed ego, utiliter autem debetur secundem Azo. — Glosse ad. l. ult. C. h. t. — Zitate bei Mühlenbruch: S. 248 A. 4.

[47] „. . . licet per cessionem acquiratur utilis in rem actio, non propterea sequi, quod acquiratur utile dominium. Siehe Mühlenbruch: a. a. O. (Siehe Anm. 46.)

[48] Kunrcuther: S. 15 ff; Zimmermann: S. 112 ff.

[49] Philipp: a. a. O. S. 21 ff. scheint falsche Folgerungen gezogen zu haben: Auch er geht davon aus, daß sich die Cession der persönlichen Klagen zu einem Rechtsinstitute entwickelt habe, bei dem eine Sondernachfolge in die Forderung selbst stattfinde, bei dem Gegenstand der Abtretung das „ius", die „obligatio" und nicht mehr die actio sei. Diesen Standpunkt, behauptet er weiter, nehmen die Glossatoren und ihre Anhänger auch für die Cession der dinglichen Klagen ein. Dies ist unrichtig. Es ist ihnen nicht eingefallen, zu behaupten, Eigentum könne durch bloßen Cessionsvertrag übertragen werden. Sie geben zu, daß Gegenstand der Cession die „actio" nicht das dominium

Dieser Standpunkt ist jedoch von den übrigen Bearbeitern unserer Lehre und vom Reichsgericht nicht geteilt worden. Sie sind darüber einig, daß der Cessionar lediglich die „actio", das „Klagrecht", den „Anspruch" erwirbt,[50] beantworten aber die Frage, in welcher Gestalt er actio erwirbt verschieden. Wir können uns kurz fassen, denn es kehren getreulich die verschiedenen Theorien über die actio utilis, die wir oben ausführlicher erörtert haben, wieder. Sehen wir von der Mühlenbruch'schen Ansicht, die wir bereits im einleitenden Teil im Prinzipe bekämpft haben, ab und wenden wir uns gleich Rudolf von Ihering zu. Derselbe schließt sich bei Bestimmung des Wesens der utilis actio der Auffassung Puchtas[51] an und bezeichnet sie demgemäß als ein Klagrecht des Cedenten, welches der Cessionar vermöge eigenen Rechts ausübt.

Nach Windscheid[52] ist die utilis rei vindicatio eine „eigene actio" des Cessionars, ein „eigener Eigentumsanspruch", d. h. ein eigenes Recht, das Eigentum des Cedenten für sich geltend zu machen. Er beruft sich zum Beweise seiner Behauptungen auf die Gründe, die er für die actio in personam angeführt hat, und außerdem auf die l. 9. C. citata, wo es ausdrücklich heiße, daß auch der Cessionar der dinglichen Klage „suo nomine" klage.

Auch Schmid[53] zieht für die utilis rei vindicatio die Konsequenzen aus seiner Theorie der utilis in personam actio, indem er ausführt, daß derjenige, welcher eine auf wirkliche oder fingierte Cession gestützte utilis in rem actio hat, Herr eines durch die Verletzung des dinglichen Rechts in der Person des Cedenten oder Quasicedenten entstandenen Anspruchs auf Wiederherstellung des dem Rechte entsprechenden faktischen Zustandes sei, um sich den letzteren demnächst selber in der durch sein Rechtsverhältnis zum Cedenten bestimmten Weise zu Nutze zu machen. Die rei vindicatio cessa beruhe auf einer Fiktion des Eigentums am Klagrecht.

---

sei, legen aber dem Übergange der actio — irregeführt durch das praktische Ergebnis bei der Forderungscession — die Wirkung bei, daß dadurch ein dominium utile auf den Cessionar übergehe.

[50] Statt Aller: Attenhofer und die dort aufgef. Lit. R.G. 1880 (Seuff. Arch.: Bd. 36 Nr. 25). R.G. 9. 12. 1890 (E. 27. S. 154).

[51] Siehe Anm. 22. — Ihering: S. 109. Ebenso: Carvayal: S. 10. 25. Dernburg: I. § 225 A. 3. Exner: S. 193.

[52] Actio: S. 219.

[53] II. S. 328 f. 337 f.

Auf die Windscheid'sche Idee von der eigenen actio ist auch die Theorie von v. Schey zurückzuführen. Derselbe führt[54] folgendes aus: „Mit dem Augenblicke der vollzogenen Cession hört der Cedent auf, Träger des cedierten Eigentumsanspruchs gegen einen bestimmten Besitzer seiner Sache zu sein, und dem Cessionar allein steht nun der Anspruch gegen diese eine Person zu, ihn in der Besitznahme dieser Sache nicht zu beeinträchtigen. Mit anderen Worten, die Cession hebt die Identität des Eigentums nicht auf, aber sie bewirkt eine Veränderung desselben durch Ausscheiden eines Anspruchs und gleichzeitiges Eintreten eines neuen Anspruchs." Dieses Loslösen des Eigentumsanspruchs vom Eigentum hält Kohler[55] für eine „sehr unjuristische Handlung". Doch meint er, bewege ihn die „Notlage" in eine solche Konstruktion trotzdem einzuwilligen. In die Reihe der vorgenannten Schriftsteller gehört auch Pagenstecher,[56] derselbe geht aber noch einen Schritt weiter, indem er annimmt, der Anspruch sei vom dinglichen Rechte losgelöst und das „Eigentumsklagerecht" sei wie ein dingliches Recht dem Cessionar bestellt.

Zum Schlusse sei noch die Ansicht des jüngsten Bearbeiters unserer Materie, Stampe's,[57] hervorgehoben. Nach ihm ist die Cession zu einem Rechtsinstitute ausgestaltet, das nicht Übertragung des eigenen Leistungsanspruchs des Cedenten ist, sondern vielmehr Bestellung eines neuen, jenem nur gleichartigen, aber nicht mit ihm identischen Rechts an den Cessionar, die allezeit geschehen kann, so lange das Cessionsrecht des Cedenten vorhanden ist.

Wir wollen nun im Folgenden die Ansicht Zimmermanns eingehender bekämpfen, dann aber abwägen, welche von den übrigen wohl die richtige Ansicht ist. Zu diesem Zwecke müssen wir aber weit ausholen und vor allen Dingen gewisse Begriffe und deren Verhältnis zu einander festlegen. Wir müssen Klarheit gewinnen insbesondere darüber, was Eigentumsrecht, Eigentumsanspruch und Klagerecht (Rechtsschutzanspruch) ist. Da wir aber diese Begriffe lediglich zum Auf-

---

[54] a. a. O: S. 128 ff.
[55] In Grünhut: Bd. 14. S. 12 f; Ih. Ib: Bd. 17. S. 320 f.
[56] a. a. O: S. 38.
[57] a. a. O: S. 412.

bau unserer Theorie von der Cession der rei vindicatio benötigen, dieselben also nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck sind, wollen wir uns möglichst kurz fassen. Ja wir werden uns, da wir zum Teil sehr bestrittenes Gebiet beschreiten, bezüglich mancher Punkte mit einem kurzen Referat begnügen müssen.

§ 2. Recht im subjektiven Sinne.

Die Definition des Eigentumsrechts ist begreiflicher Weise von der Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts abhängig und Meinungsverschiedenheiten in Betreff der letzteren Frage äußern auch auf die Definition des Eigentumsrechts ihre Rückwirkung. Bevor wir demnach zur Begriffsbestimmung des Eigentumsrechts übergehen, ist es unerläßlich, einige Bemerkungen der Frage zu widmen, in welcher Weise der privatrechtliche[1] Begriff des subjektiven Rechts aufzufassen ist. Die Definition des Eigentumsrechts ergibt sich dann von selbst, je nachdem wir diese Frage beantworten. Aber auch zur Erörterung des Anspruchsbegriffes ist die Kenntnis des Wesens des subjektiven Rechts erforderlich; denn Anspruch und subjektives Recht sind auf das innigste mit einander verknüpft, ja sie sind nach der Ansicht einiger Schriftsteller sogar zum Teil identisch.[2]

Bei der Bestimmung des Begriffs „subjektives Recht" haben Philosophie und Jurisprudenz zusammengeholfen.

Nach Kant[3] bedeuten „Recht" und „Befugnis zu zwingen" einerlei: „Wenn gesagt wird: ein Gläubiger hat ein Recht, vom Schuldner die Bezahlung seiner Schulden zu fordern, so bedeutet das nicht, er kann ihm zu Gemüte führen, daß ihn seine Vernunft selbst zu dieser Leistung verbinde, sondern ein Zwang, der Jedermann nötigt, dieses zu tun, kann gar wohl mit Jedermanns Freiheit, also auch mit der

* Literatur: Windscheid: I. § 37 und die dort Zitierten.

[1] Über subjektiv öffentliche Rechte: Jellinek: System der subjektiv öffentlichen Rechte. (1892.) Thon: a. a. O. S. 134.

[2] Bierling: Kritik der juristischen Grundbegriffe. II. S. 69. Kipp: Zusätze zu I. § 43 A. 2. Hellwig: Anspruch: § 1. S. 5. Enneccerus: I. § 124. III. S. 313 und Andere.

[3] Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (Ausgabe Hartenstein 1868): Bd. 7. § E. S. 29.

seinigen, nach einem allgemeinen äußeren Gesetz zusammen bestehen."

Demgegenüber hat Hegel[4] die Substanz des Rechts sowohl im objektiven, wie im subjektiven Sinne in den Willen gesetzt, und zwar die Substanz des objektiven Rechts in den allgemeinen, die des subjektiven Rechts in den subjektiven Willen. Dem Vorgange Hegels ist die Jurisprudenz gefolgt. Dies ergiebt am deutlichsten die Auffassung des subjektiven Rechts durch Puchta.[5] Auch Savigny[6] steht unter diesem Einfluß. Er definiert subjektives Recht als das Gebiet, worin der Wille einer Person herrscht. Die „Willenstheorie" wurde schließlich die herrschende. Ihr folgt auch Windscheid,[7] indem er das Recht im subjektiven Sinne als eine von der Rechtsordnung — dem Recht im objektiven Sinne — verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft konkreten Inhalts bestimmt. Diese Begriffsbestimmung erläutert er näher dahin, daß die Rechtsordnung von einem konkreten Willensinhalt ausgesprochen habe, daß er maßgebend sei für die dem Berechtigten gegenüberstehenden Willen, daß diese Willen sich jenem Willensinhalt gemäß zu bestimmen haben. Daß der Staat dieser Macht und Herrschaft nötigenfalls durch Zwang Geltung verschaffe, folge unmittelbar aus seiner Aufgabe als Wächter der Rechtsordnung, aber gehöre nicht nötig zum Begriff des Rechts. Mit Windscheid stimmen in der Hauptsache überein: Arndts,[8] Wächter,[9] Unger,[10] Schuppe,[11] von Caustein,[12] Cosack,[13] Männer,[14] Langheineken.[15]

---

[4] Grundlehren der Philosophie des Rechts (Ausgabe Gauß 1833): § 29. S. 63. Siehe Lasson: System der Rechtsphilosophie (1882). S. 104.

[5] § 22: „Als Subjekte eines solchen in der Potenz gedachten Willens heißen die Menschen Personen. Persönlichkeit ist also die subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht." Vergl. auch § 28.

[6] System des heutigen römischen Rechts: I. § 4. S. 7.

[7] I. § 37 (jedoch nur bis zur 5. Auflage).

[8] § 21. S. 25.

[9] I. § 33.

[10] System des österr. allgem. Privatrechts (3. Aufl.) I. S. 489.

[11] Der Begriff des subjektiven Rechts: G. 8 ff.

[12] In Grünhut: Bd. 5. S. 737.

[13] I. § 14. S. 52.

[14] Recht der Grundstücke (1899): S. 1. (Wörtlich wie Windscheid.)

[15] Anspruch: § 1. S. 8. Urteilsanspruch: § 9. S. 121. (Wie Windscheid.)

Doch die Willenstheorie blieb nicht unangefochten. Es war kein Geringerer als Rudolph von Ihering, der sich im Anschluß an die Philosophie Krauses und seiner Schüler Ahrens und Röder[16] gegen dieselbe wandte und mit glänzenden Worten ihre Unrichtigkeit darzutun versuchte. Es sei nicht nur einseitig, sondern falsch, daß nach dem Vorgange Hegels die Substanz des Rechtes in den Willen gesetzt werde. Daraus, daß sich der Wille des Einzelnen nicht weiter erstrecken könne, als der allgemeine Wille, folge nicht, daß letzterer nicht weiter reichen könne, als der Wille des Einzelnen, mit anderen Worten, daß der Einzelne nicht ein Recht haben könne, das nicht in seinem eigenen, sondern im Willen des Gesetzes seinen Grund habe. Dies hätten die Gegner übersehen; deshalb kämen sie folgerichtig zu einer Identifizierung des subjektiven Rechts- und Willensbegriffes: Endzweck alles Rechts sei der gemäß für sie das Wollen, Rechtsfähigkeit und Willensfähigkeit bedeuten für sie das Gleiche. Das Recht erscheine ihnen als ein abgegrenztes Stück Willenssubstanz. Demgegenüber wies Ihering darauf hin, daß alle Rechte der Welt in den Kindern und Wahnsinnigen nicht bloß das rein menschliche der Persönlichkeit, Leib und Leben anerkennen und schützen, sondern ihnen auch mit geringen Modifikationen dieselbe Vermögensfähigkeit zugestehen, wie willensfähigen Personen. So kommt Ihering schließlich zu dem Ergebnis, daß nicht der Wille der Zweck und die bewegende Kraft der Rechte ist, daß der Willens- und Machtbegriff nicht imstande ist, das praktische Verständnis der Rechte zu erschließen. Nach ihm sind es vielmehr zwei Momente, die den Begriff des Rechtes konstituieren, ein substantielles, in dem der praktische Zweck desselben liegt, nämlich der Nutzen, Vorteil, Gewinn, der durch das Recht gewährt werden soll, und ein formelles, welches sich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der Rechtsschutz, die Klage. Ersteres sei der Kern, letzteres die schützende Schale des Rechts; jenes für sich allein begründe lediglich einen tatsächlichen Zustand des Nutzens oder Genusses (faktisches Interesse), der jederzeit ohne weitere Folgen von Jedem, der dazu tatsächlich

[16] Zitiert bei Ihering: Geist III. S. 333. A. 441.

imstande sei, aufgehoben werden könne. Den Charakter der Zufälligkeit, der Hinfälligkeit verliere dieser Zustand erst dadurch, daß das Gesetz ihn unter seinen Schutz nehme, der Genuß oder die Aussicht auf denselben werde dadurch eine gesicherte: ein Recht. Der Begriff des Rechtes beruhe auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses; Rechte seien r e c h t l i c h g e s c h ü t z t e I n t e r e s s e n.[17]

Ähnlich wie Ihering formuliert Kohler[18] den Begriff des subjektiven Rechts: Recht ist ein durch die Rechtsordnung geschützter Genußgehalt.

Dagegen betont Regelsberger[19] beide Momente, das Moment der von der Rechtsordnung verliehenen Willensmacht und das Zweckmoment, indem er subjektives Recht als die Macht zur Befriedigung eines anerkannten Interesses definiert.

Die Begriffsbestimmung Dernburgs[20] ist unseres Erachtens zu allgemein und juristisch nicht genau genug. Wie ist der „Anteil an den Lebensgütern, welcher einer Person in der menschlichen Gesellschaft zukommt" näher zu verstehen?

Entscheidender ist der Widerspruch Thons gegen die herrschende Lehre.[21] Thon[22] weist zunächst ähnlich wie Ihering auf die willensunfähigen Rechtssubjekte hin, denen schon Privatrechte zugeschrieben würden, noch ehe ihnen ein Vertreter gegeben worden sei, der ihre etwaigen Ansprüche verfolge. Auch bei tatsächlichem Mangel eines auf Haben eines Gutes gerichteten Willens, hin und wider selbst bei entgegengesetztem Willen, bestehe das Recht und der dadurch gewährte Schutz doch fort. Thon selbst baut seine Lehre vom subjektiven Recht auf Grundsätzen auf, die eine „Verwerfung

---

[17] Ihering: Geist: III. S. 327 ff. 339.

[18] In Grünhut: Bd. 18. S. 1 ff.

[19] I. § 14.

[20] I. § 39. S. 85; B.R. I. § 41. S. 105. Gegen Dernburg: Kipp: Zusätze zu I. § 37 A. 2 (S. 132), woselbst auch die frühere Definition Dernburgs, welche noch die Bezugnahme auf die Rechtsordnung enthält, kritisiert ist. Langheineken: Urteilsanspruch: S. 120.

[21] Gegen dieselbe (Windscheid) außerdem: Herzfelder: Gewalt und Recht (1890): § 5. S. 16. Bierling: Kritik der juristischen Grundbegriffe: II. S. 54; v. Schey: In Grünhut: Bd. 7. S. 758. Crome: § 29. S. 162. Endemannn: I. S. 59 A. 1. Merkel: Gesammelte Abhandlungen: II. 2. Hälfte (1899). S. 547. Gareis: In Marquardsens Handbuch d. öffentl. Rechts der Gegenwart (1887): I. § 1. S. 9.

[22] a. a. O: insbesondere S. 220. 294.

der herrschenden Rechtstheorie" bedeuten.[23] Wir können nicht umhin, auf dieselben etwas näher einzugehen, da sie nicht nur sehr interessant, sondern zum Teil sogar Voraussetzung für das Verständnis unserer späteren Betrachtungen sind.

Nach Thon stellt die Rechtsordnung Befehle, Normen, Imperative auf, um das Interesse der menschlichen Gesellschaft und das Interesse des Einzelnen zu schützen.[24] Um ein Beispiel zu wählen: Sie gebietet dem Entleiher, die Sache nach Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben: sie verbietet dem Mieter, von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch zu machen. Diese Thon'schen Imperative sind aber vom Willen des Geschützten völlig unabhängig. Der Normenschutz wird ihm auch ohne sein Zutun, ja gegen seinen Willen zu Teil: „Niemand vermag durch eine allgemeine Erklärung, er verschmähe den staatlichen Schutz betreffs dessen, was sein sei, sich dieses Schutzes zu begeben. Der Einzelne vermag nur im speziellen Falle dem Genuß seiner Sache seitens eines Drittens durch seine Zustimmung den Charakter der Normwidrigkeit zu nehmen, oder bei verzichtbaren und übertragbaren Rechten den gesamten Rechtsschutz aufzuheben oder an andere Personen zu knüpfen." Einen Rechtsschutz aber, der einer Person gegen oder doch ohne ihren Willen zu Teil werde, könne man nicht als Recht bezeichnen, sonst müsse man auch von einem Rechte des Wildes, zur Schonzeit nicht gejagt, oder doch von einem Rechte der Tiere, nicht gequält zu werden, reden.[25]

---

[23] Oertmann: Der Dinglichkeitsbegriff. Ih. Ib. Bd. 31. S. 415 f. insbesondere S. 421.

[24] Thon: a. a. O. S. 2 ff. vergl. auch: v. Schey: a. a. O. S. 763. Bierling: Kritik d. jur. Grundbegr. II. S. 7. Dernburg: I. § 19. S. 42 A. 6. und hierzu Thon: a. a. O. S. 345 ff. [Dernburg nimmt außer den Imperativen noch gewährende Normen an. Gegen ihn Bierling: a. a. O. S. 307 ff. Juristische Prinzipienlehre: I. S. 27 ff.] Garais: a. a. O. S. 9 (vergl. Anm. 21). Mayer: Rechtsnormen und Kulturnormen (1903): S. 69. Neuestens wird die Imperativentheorie verteidigt von Hold v. Ferneck: Rechtswidrigkeit (1903): S. 98.

[25] Vergleiche allerdings: Binding: Normen II. S. 48. Bekker: In Ih. Ib. Bd. 12. S. 1 ff. Doch „die Tauben von San Marco"und „die Stute Bellona" als Rechtssubjekte (vertreten durch ihren Pfleger: Rechtsanwalt N. N.), die sich Bekkers Phantasie für die Zukunft als denkbar ausmalt, sind uns unfaßbare, den obersten Rechtsprinzipien widersprechende Vorstellungen. Oertmann: In Ih. Ib. 31. S. 427. Daselbst vergleiche auch die Zitate.

Die Thon'schen Rechtsbefehle sind also dem Normgeschützten nicht zu eigen gegeben. die Rechtsordnung befiehlt allein. Diese Sachlage ändert sich, wenn der Imperativ verletzt wird. In diesem Augenblicke läßt die Rechtsordnung einen neuen Befehl, einen neuen Imperativ wach werden, welcher dem Verletzenden gebietet, das Gebotene zu verwirklichen, das Verbotene, die Rechtsverletzung, wieder aufzuheben. Gibt also in unserem Beispiel der Entleiher nach Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit dem Verleiher die Sache nicht zurück, oder macht der Mieter einen vertragswidrigen Gebrauch von der Mietsache, so befiehlt nunmehr die Rechtsordnung dem Entleiher, die Sache tatsächlich zurückzugeben, dem Mieter, von dem vertragswidrigen Gebrauch abzulassen. Dieser neue Imperativ ist im Gegensatz zu dem primären, dem Geschützten zu beliebigem Gebrauch, er ist ihm zu eigen gegeben. Mit anderen Worten: Während nach Thon die Gewährung des Normenschutzes von dem Willen des Geschützten unabhängig ist, ist der Geschützte zur Realisierung des Normenschutzes selbst mitberufen und insofern wird ihm ein Recht zugesprochen, insofern wird der Schutz zu einem Rechte des Geschützten. Der Geschützte hat nun einen konkreten subjektiven Anspruch auf Beseitigung der Normwidrigkeit. Das subjektive Recht besteht daher nach Thon in der Aussicht auf solche Ansprüche, es ist eine Anwartschaft auf Ansprüche.[26]

Durch diese Begriffsbestimmung hat sich Thon nicht nur in Gegensatz zu den Anhängern der Willenstheorie gesetzt, sondern auch Ihering und Kohler, sowie alle, welche das Moment des Genusses, sei es wie Ihering als Zweck, oder sei es als Folge des Rechtes in die Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts aufnehmen, bekämpft. Wir finden in seiner Definition nur die „schützende Schale", nicht auch den „Kern" — das substantielle Moment Iherings — oder wie

[26] Vergl. Thon: a. a. O. S. 175 ff. 216—218. Man hat — vielleicht nicht mit Unrecht — gegen die Begriffsbestimmung Thons eingewandt, daß man eine Anwartschaft auf Ansprüche doch kein Recht nennen könne. Schloßmann: Vertrag: S. 256. 258. 273. Pfersche: Methodik der Privatrechtswissenschaft: S. 48 ff. Dunker: Besitzklage und Besitz. (Am Schluß: Die Thon'schen Rechte seien keine Rechte mehr. Daraus folgert D., es gäbe überhaupt nur Pflichten, keine Rechte.) Vergl. hierüber: Oertmann: In Ih. Ib. Bd. 31. S. 422, 423.

Kohler[27] sagt, die „Auster". Das Recht ist nach Thon nicht ein Interesse, nicht ein Genußgehalt, das geschützt wird, sondern es ist dieses Schutzmittel selbst. Ziel des Rechts ist, „Ermöglichung",[28] ist „Sicherung"[29] des Genusses.[30]

Thons „treffliches"[31] Buch hat auf Windscheid einen nachhaltigen Eindruck ausgeübt. Er gibt nunmehr zu, daß seine Definition des subjektiven Rechts mit einer großen Schwierigkeit zu kämpfen habe, die in der Tatsache liege, daß der Bestand der dem Rechte entsprechenden Willensunterworfenheit und somit das Recht selbst unabhängig sei von dem realen Willen des Berechtigten, von einer von ihm ausgehenden Willensäußerung. Wer über ein fremdes Grundstück gehe, verletze das Recht des Eigentümers, obgleich der Eigentümer es ihm nicht verboten habe, wer seine Gläubiger nicht zur rechten Zeit befriedige, verletze das Recht des Gläubigers, obgleich der Gläubiger es ihm nicht geboten habe. Weiter mußte Windscheid zugeben, daß auch ein Willensunfähiger ohne Vertreter ein Recht haben könne, ja daß man ein Recht haben könne, ohne es zu wissen. Während er, wie er selbst sagt, in den früheren Auflagen seiner Pandekten dieser Schwierigkeit dadurch zu entgehen versucht habe, daß er sagte, die Rechtsordnung erkläre in der Verleihung eines Rechts für maßgebend nicht den Willen des Berechtigten, sondern einen gewissen konkreten Willensinhalt, gibt er nunmehr diesen Versuch als unvollkommen auf. Er läßt mit Thon im subjektiven Recht zunächst nur den Willen der Rechtsordnung gebieten, aber indem diese für den zu Gunsten eines Berechtigten erlassenen Rechtsbefehl seinen Willen selbst entscheidend gemacht habe, könne man nunmehr diesen Befehl seinen Befehl, sein Recht, nennen.

[27] In Ih. Ib. Bd. 18. S. 132.

[28] Thon: S. 219. Derselbe: In Grünhut: Bd. 7. S. 260 ff.

[29] Oertmann: In Ih. Ib. Bd. 31. S. 440 Vergl. auch: Merkel: Gesammelte Abhandlungen: II. 2. Hälfte. S. 390.

[30] Gegen Ihering: Windscheid: I. § 37. S. 132. Bierling: Kritik der jur. Grundbegriffe: II. S. 58. v. Schey: In Grünhut: Bd. 7. S. 760. Herzfelder: Gewalt und Recht: S. 12. Dernburg: I. § 39. S. 86 A. 6. Mayer: Rechtsnormen und Kulturnormen: S. 54. Crome: § 29. S. 162. Auf der Grundlage Iherings hat neuerdings Pininski: Begriff und Grenzen des Eigentumsrechts nach römischem Recht (Wien 1902): S. 5 seinen Begriff des subjektiven Rechts aufgebaut: Recht im subjektiven Sinne ist der einer Person von der Rechtsordnung zugestandene und mit Rücksicht auf seinen Zweck gebilligte Willensbereich.

[31] Windscheid — seit der 6. Aufl. — I. § 37. S. 132.

Dieser neueren Auffassung Windscheids ist, wenn man grundsätzlicher Anhänger der Willenstheorie ist, unseres Erachtens in allen Stücken beizutreten.

Bevor wir unsere Betrachtungen über das Wesen des subjektiven Rechts abschließen, wollen wir noch bemerken, daß der Begriff desselben im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Entscheidung gefunden hat. Seine Bestimmung bleibt nach wie vor der Wissenschaft überlassen, der alte Streit dauert also fort.

Nun wollen wir an der Hand des Begriffes des subjektiven Rechts Begriff und Wesen des Eigentums, des Eigentumsrechtes[32] festlegen. Wir erinnern uns zu diesem Zwecke daran, daß die Rechtsordnung zu Gunsten des Berechtigten Imperative aufstellt, Befehle erläßt. Aus dem Inhalt und aus der Adresse dieser materiellen Rechtsbefehle bestimmt sich das Wesen der einzelnen subjektiven Privatrechte.[33] Lautet nämlich der Imperativ auf ein bestimmtes Verhalten in Betreff einer Sache, so sprechen wir von dinglichen Rechten, lautet er dagegen auf ein bestimmtes Verhalten einer Person oder einer Mehrheit von Personen gegenüber, so sprechen wir von persönlichen Rechten.[34] Ist der Rechtsbefehl an die Allgemeinheit, an Jedermann,[35] adressiert, so sprechen wir von absoluten, ist er nur an einzelne Personen oder eine begrenzte Mehrheit von Personen gerichtet, so sprechen wir von relativen Rechten. Absolute Rechte sind die dinglichen Rechte; doch ist zu bemerken, daß mit denselben die Zahl der absoluten Rechte noch nicht erschöpft ist. Absolutheit und Dinglichkeit dürfen nicht gleich-

---

[32] Wir gebrauchen im Folgenden die beiden Ausdrücke als gleichbedeutend. Manche machen einen Unterschied. So Leist: Civilistische Studien 3. Heft: Über die Natur des Eigentums. Gegen ihn Windscheid: Krit. Vierteljahrschr.: I. S. 294 ff. Vergl. auch: Pandekten: I. § 167 A. 1 und die dort zit. Lit.

Kipp: Zusätze zu: I. § 38 A. 3.

[34] Zu denselben gehören außer den Forderungsrechten insbesondere die Familienrechte. Wir wollen jedoch in unserer folgenden Darstellung unter persönlichen Rechten ausschließlich die Forderungsrechte verstehen.

[35] Kipp: Zusätze zu: I. § 38 A 2, will dies eingeschränkt wissen auf diejenigen, die es angeht, das heißt auf diejenigen, welche in die Lage kommen können, das Recht einmal zu verletzen.

Gegen Windscheid: Dernburg: I. § 39 A. 9. Thon: S. 158 ff. Kohler. In Grünhut: Bd. 14. S. 6.

gestellt werden.[36] Absolut sind außer den dinglichen Rechten auch gewisse Familienrechte, die sogenannten Rechte an immateriellen Gütern, wie das Urheber- und Namensrecht. Relativ sind insbesondere die Forderungsrechte.

Aus dem Gesagten ergiebt sich für das Wesen des dinglichen Rechts, daß es an die Allgemeinheit gerichtete, auf ein bestimmtes Verhalten in Betreff einer Sache lautende Imperative enthält. Daß diese Imperative Verbote sind, ist wohl allgemein anerkannt, doch herrscht lebhafter Streit darüber, ob die dinglichen Rechte außer diesen Verboten nicht auch ein „Dürfen" enthalten, einen positiven Inhalt haben.[37] Man weist nämlich darauf hin, daß der Eigentümer mit seiner Sache schalten und walten, daß der Dienstbarkeitsberechtigte die dienende Sache benützen dürfe.[38] Doch die Frage ist unseres Erachtens zu verneinen. Dieses Dürfen ist in Wahrheit nichts anderes, als ein zu Gunsten des Berechtigten gegen die Nichtberechtigten erlassener Rechtsbefehl auf Nichtverhinderung, also auch ein Verbot.[39] Noch leichter wie für uns, beantwortet sich für Thon und Oertmann die Frage. Da sie das Moment des Genusses aus dem Inhalt des subjektiven Rechts überhaupt ausgeschieden haben, haben sie zugleich die Ansicht abgelehnt, welche im „Genießendürfen" des Rechtsgutes eine Rechtsausübung erblickt. Ihnen ist das Dürfen, das Genießendürfen nichts, als ein Nichtverbotensein durch das objektive Recht, nichts als eine rechtlich unerhebliche Handlung.[40]

Da nun die Rechtsordnung für die zu Gunsten des Berechtigten erlassenen Imperative seinen Willen selbst entscheidend gemacht hat, können wir das Wesen des dinglichen Rechtes auch so fassen, daß wir sagen, dingliche Rechte seien diejenigen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten maßgebend ist für das Verhalten eines Jedweden in Betreff einer Sache; oder kürzer: kraft deren der Wille des Berech-

---

[36] Dies tut E. Fuchs: Das Wesen der Dinglichkeit (1889). Zit. bei Windscheid: I. § 38 A. 3. Vergl. auch die dort zit. Lit.

[37] Statt Aller: Windscheid: I. § 38 A. 3 und die dort aufgeführte Literatur. Vergl. auch: Hellwig: Anspruch: § 3. S. 25 f.

[38] Windscheid: I. § 38 A. 3.

[39] Windscheid: I. § 38 A. 3.

[40] Vergl. Thon: a. a. O. S. 288, 289. Oertmann: Ih. Ib. Bd. 31. S. 430 ff.

tigten maßgebend ist für eine Sache. Eigentumsrecht aber ist dasjenige unter den dinglichen Rechten, kraft dessen der Wille des Berechtigten maßgebend ist für die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen.[41] Diese Definition entspricht wohl der herrschenden Lehre.[42][43]

Werfen wir zum Schluß noch einen Blick auf das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Wie es die Streitfrage über das Wesen des subjektiven Rechts nicht entschieden hat, überläßt es auch die Bestimmung des Wesens der Dinglichkeit der Wissenschaft. Aus den Motiven, wie aus dem Gesetz selbst[44] geht zwar hervor, daß es die dinglichen Rechte als unmittelbar an der Sache stattfindend ansieht. Wie dies aber begrifflich aufzufassen ist, bleibt dahin gestellt. Dem bisherigen Streit ist also der Boden nicht entzogen.

Was das Eigentumsrecht betrifft, so hat sich auch hier — im Gegensatz zu anderen Kodifikationen[45] — das Gesetzbuch nicht berufen gefühlt, eine Definition aufzustellen. Seinen Bestimmungen über das Eigentum legt es jedoch den Begriff zu Grunde, den die herrschende Lehre gezeitigt hat, wonach das Eigentum das Recht der vollständigen und aus-

---

[41] Windscheid: I. § 38. § 167.

[42] Vergl. Windscheid: I. § 38, § 167. Randa: Das Eigentumsrecht nach röm. Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neueren Gesetzbücher. 1. Hälfte (2. Aufl. 1893): § 1. Dernburg: I. § 192. B.R. III., § 61. Weitere Literatur: Windscheid: a. a. O.

[43] Wer dagegen mit Thon und Oertmann das Wesen des subjektiven Privatrechts lediglich im Normenschutz, in der Sicherung des Genusses erblickt, muß nach diesem Gesichtspunkt die dinglichen Rechte und das Eigentum abgrenzen. So gelangt denn Thon zu dem Ergebnis, daß das Wesen des dinglichen Rechtes im allgemeinen Normenschutz gegen einen bestimmt gearteten Sachgenuß seitens Anderer besteht. Eigentum aber ist dasjenige unter den dinglichen Rechten, welches diesen Schutz im relativ ausgedehntesten Maße gewährt. Vergl. Thon: a. a. O. S. 161, 173. Oertmann: S. 461—463.

Zum Schlusse sei noch die eigenartige Definition Pininskis — a. a. O. S. 14 — erwähnt: „Eigentumsrecht im subjektiven Sinne ist die durch Rechtsvorschriften einer Person gesicherte Möglichkeit, sich eine Sache ausschließlich wirtschaftlich nutzbar zu machen."

[44] Mot: III. S. 2. B.G.B. §§ 873 ff.

[45] A. L. R. I. 8. § 1. Bayr. L. R. II. 2. §§ 1, 2. cod. civ. art. 544. Sächs. B.G.B. § 217. Oest. allg. B.G.B. § 353 f. Vergl. auch: Hess. Entw. I. 3. art. 1. Bayr. Entw. III. art. 89.

schließlichen Herrschaft über die Sache ist.[46] Dies ergiebt die Bestimmung des § 903: Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen. Hier finden wir das allgemeine Verbot — die negative Seite — und den anscheinend positiven Inhalt des Eigentums wieder. Hierfür die rechtliche Konstruktion zu finden, ist Sache der Wissenschaft, wie im gemeinen Recht. Wir halten deshalb unsere für dasselbe gegebenen Ausführungen auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufrecht.

[46] Planck: III. S. 162.

§ 3. Anspruch.*)

Das Wort „Anspruch" gehört in seiner ursprünglichen Bedeutung der Gerichtssprache an. Es geht zurück auf das angelsächsische Wort „onsprecan", welches „klagen" bedeutet. Der Kläger hieß „onspreca".[1] Im Mittelhochdeutschen ist Anspruch (ansprâche) gewöhnlich die mit oder ohne Grund erhobene Behauptung eines Rechts.[2] Auch in den mittelalterlichen Rechtsquellen finden wir Belege für diesen Sprachgebrauch:

Schwabenspiegel: „sprichet ein man gût an."

Goslarische Statuten: „Wanne men en eghen ansprikt, dat scal men don mit gherichte unde mit din gluden unde vulvarderen de ansprake."

Bremer Statuten: „Umme alle schelinghe, unwillen unde ansprâke, de tsvischen de ergenanten parten gewesen hebben."[3]

Auch die Literatur bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts versteht unter Anspruch lediglich die Behauptung eines Rechts:

* Literatur bei Windscheid: I. §§ 43 ff.

[1] Bolze. In Gruchots Beiträgen. Bd. 46. S. 753.

[2] Grimm: Deutsches Wörterbuch (1884). I. S. 471.

[3] Schiller und Lübben: Mittelhochdeutsches Wörterbuch (1875). I. S. 104.

Hommel: teutscher Flavius (1800): „Dieweil Mitkläger von diesem Prozesse sich lösgesagt und seines Anspruches begeben."

Bayer: Vorzüge (1835): „Gesetz oder Gewohnheit, wodurch Kläger seinen Anspruch zu rechtfertigen sucht."

Heffter: System des Civilprozeßrechts (1843): „Der Klagevortrag kann nur als Basis des Rechtsstreites dienen, wenn daraus nicht allein die Forderung zu entnehmen ist, sondern auch die rechtliche Natur des Anspruchs."[4]

Dagegen ist der grundlegende Begriff des Anspruchs, wie er heute jedem Juristen geläufig ist, erst eine Errungenschaft der Mitte des vorigen Jahrhunderts. Er wurzelt in der römischen actio, die wir deshalb in aller Kürze berühren wollen. Was ist actio? Wir beantworten diese Frage am besten, wenn wir die berühmte Definition des Celsus[5] wiedergeben.

„Nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi."

Actio ist die Befugnis, was einem gebührt, gerichtlich zu verfolgen, die Befugnis, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen.[6] Sie hat einen zwiefachen Charakter, einen privatrechtlichen und einen prozessualen. Sie bezeichnet weder die Forderung des Rechtsschutzes als solche, noch die privatrechtliche Forderung als solche, sondern die Forderung des Rechtsschutzes als eine behufs Durchsetzung einer privatrechtlichen Forderung bestehende.[7]

Indem nun die Römer in ihrem praktischen Sinn in Betracht zogen, daß man dessen, was einem gebührt, sicher nur dann ist, wenn eine ausreichende Macht bereit steht, es einem auch vom Widerstrebenden zu verschaffen, drängte sich bei ihnen immer mehr die Auffassung in den Vordergrund, die actio sei an Stelle des Rechts selbst. Doch diese praktische Erwägung war nicht der einzige Grund. Entscheidend war vielmehr die eigentümliche Stellung der rechtspflegenden

[4] Zitate bei Bolze. In Gruchots Beiträgen. Bd. 46. S. 754.

[5] l. 51. de obl. et act. 44,7.

[6] Windscheid: Actio: S. 3. Vergl. auch: I. § 43 ff und die dort zit. Lit. — Die größten Verdienste um die Aufklärung des Begriffs „actio" hat sich wohl Wlassak erworben. Vergl. in der Realencyklopädie von Pauly-Wissowa (1894): I. S. 3.

[7] Hölder: Pandekten S. 324. Vergl. auch S. 328.

Magistrate. Vom Prätor des alten Rom konnte man in gewisser Hinsicht mit Fug und Recht sagen, er stand über dem Rechte. Denn oft versagte er seine Hilfe, wo das ius civile ein Recht anerkannte, oft gewährte er dieselbe, wo das ius civile dem Bittenden nicht zur Seite stand. So wurde schließlich das Entscheidende, was das Gericht, nicht was das Recht sagte. Die Rechtsordnung wurde zu einer Ordnung der actiones.[8]

Als Institut des Prozeßrechts setzte die actio stets einen bestimmten Gegner voraus. Von ihrem Standpunkte aus war die Frage immer die: „Was kann einer vom anderen verlangen?" So wurde sie der „unmittelbare und erschöpfende" Ausdruck des Forderungsrechts, der obligatio, und daraus erklären sich auch die Quellenstellen, welche die beiden Ausdrücke als gleichbedeutend gebrauchen.[9] Anders liegt die Sache beim dinglichen Recht. Schon aus der Natur desselben ergiebt sich ohne weiteres, daß es in der actio nicht aufgehen kann. Die actio ist nicht anstatt des dinglichen Rechts. Trotzdem ist der Begriff derselben nicht auf die obligatio zu beschränken. „Wenn jemand von einem anderen verlangt, daß er ihn als Eigentümer, oder daß er die Existenz irgend eines anderen rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisses anerkenne, so verlangt er immerhin etwas von ihm, und insofern ihm für das was er verlangt, gerichtliche Hilfe gewährt wird, wird ihm actio zugeschrieben."[10] Dieser Satz ist indes nicht unbestritten geblieben. Man hat behauptet, die actio in der Definition des Celsus bedeute lediglich die actio in personam, für die aus dem dinglichen Rechte entstehenden actiones hätten die Römer in „vindicatio" ein eigenes Wort gehabt.[11] Zum Beweis hierfür hat man sich auf das Wort „debeatur" gestützt und gesagt, das passe nur auf die actio in personam. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Der Ausdruck „deberi" ist vielmehr mit Windscheid[12] in einem weiteren Sinne zu nehmen, wo er nicht bloß bezeichnet, was einem geschuldet wird,

---

[8] Windscheid: Actio. S. 3. 4.

[9] Z. B.: l. 8. § 11. D. ad Scum Vell. 16. 1. l. 10. D. de A. E. V. (19,1). Zitiert bei Windscheid: Actio: S. 5. Vergl. auch: I. § 45 A. 2.

[10] Windscheid: Actio S. 5.

[11] Wlassak: a. a. O. (vergl. Anm. 6) S. 306.

[12] Actio: S. 5. 6.

sondern was einem gebührt. Es gebührt mir aber ebenso, daß jemand mein Eigentum anerkenne, welches er mit Unrecht bestreitet, als daß er mir zurückerstatte, was ich ihm als Darlehen gegeben habe. Wir unterscheiden demgemäß neben den actiones in personam sive personales die actiones in rem, je nachdem sie aus persönlichen oder dinglichen Rechten entspringen.[13]

Dieses römische Aktionensystem mußte mit seinem Schöpfer, dem klassischen Civilprozeß stehen und fallen. So hatte es bereits im neueren römischen Recht große Einbußen erlitten. Es bestand fast nur noch dem Namen nach. Trotzdem ist es mit der Rezeption in das gemeine deutsche Recht übergegangen, wo die actiones unter dem Namen „Klagen", „Klagrechte" als Institute des geltenden Rechts weitergeführt wurden. Freilich war dies hauptsächlich nur dadurch möglich, daß man dem römisch rechtlichen Begriff fremde Elemente beimischte, um ihn dem geltenden Rechte anzupassen. Hier hätte die historische Schule eingreifen müssen. Ihre Aufgabe wäre es gewesen, den Aktionenbegriff des klassischen römischen Rechts in seiner Reinheit darzustellen, an dieser Darstellung nachzuweisen, daß er veraltet ist, und die entstandene Lücke auszufüllen.[14] Trotzdem ist Savigny[15] auf dem Standpunkt der älteren Lehre stehen geblieben, welche annimmt, daß die actio, das Klagrecht, das neue, durch die Verletzung des Rechts aus dem Recht entstandene Recht ist. Andere Schriftsteller haben diesen Irrtum vermieden. Sie unterscheiden zwischen eventuellem und wirklich entstandenem Klagrecht und lehren, actio sei nicht bloß das letztere, sondern auch das erstere, actio sei die dem Rechte als solchem innewohnende Befugnis zur Klage für den Fall der Verletzung. Diese Befugnis sei vorhanden auch vor der Verletzung, werde aber realisierbar erst durch dieselbe. Über das Verhältnis der so bestimmten actio zum Recht waren aber die Meinungen wieder verschieden. Auf der einen Seite wird die actio ein

[13] Windscheid: I. § 45. Der Ausdruck actio in personam ist nicht auf das Familienrecht zu beziehen, er bedeutet die obligatorische actio; Gaius IV. 2. — Vergl. Wlassak: a. a. O., welcher annnimmt, der materielle Begriff der actio in rem sei den klassischen Juristen unbekannt gewesen.

[14] Fischer: S. 67.

[15] System: V. § 204, 205.

„annexum" desselben, ein „Zusatz zu seinem Inhalt", eine „Zugabe", ein „Bestandteil" desselben genannt;[16] auf der anderen wird gelehrt, daß die actio nichts sei, als das Recht selbst in seiner Betätigung oder Tätigkeit, sich geltend zu machen.[17]

Umso größer war das Verdienst Windscheids, welcher mit klarem Blick die Sachlage überschaute. In seiner bahnbrechenden Schrift: „Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts" stellte er die actio im Lichte des klassischen Civilprozesses dar und untersuchte an dieser Darstellung inwieweit der Aktionenbegriff für das moderne Recht noch verwertbar wäre. Das Ergebnis dieser Untersuchung war jedoch ein völlig negatives. Das Verhältnis von Privatrecht und Prozeßrecht hatte sich in mehr als tausendjähriger Entwickelung völlig geändert. Die Rechtsordnung war längst zu einer Ordnung der Rechte im wahren Sinne geworden. Das Recht war nunmehr das Prius, das Erzeugende, die Klage das Spätere, das Erzeugte die Folge des Rechts. Aber nicht nur das. Auch nach einer anderen Richtung hin hatte sich das Verhältnis verschoben. Die Römer, denen eine scharfe Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht unbekannt war, führten den Rechtsschutz auf „Privatberechtigungen der Parteien und auf ein gegenseitiges Sichobligieren derselben" zurück; ganz anders das moderne Recht. Dasselbe hat den Rechtsschutz klar als Aufgabe des Staates erkannt und denselben als dem öffentlichen Recht angehörend streng von der privatrechtlichen Berechtigung geschieden.[18] Mit diesen veränderten Rechtsanschauungen war das Institut des klassischen römischen Rechts nicht mehr vereinbar. Die Kluft von mehr als einem Jahrtausend war nicht mehr zu überbrücken und so entschloß sich denn Windscheid, den entscheidenden Schritt zu tun: „Verweisen wir die Aktionen aus unseren Darstellungen des heutigen Rechts und stellen wir sie dahin, wohin sie gehören — in die Rechtsgeschichte.

---

[16] Puchta: § 81. Derselbe: Vorlesungen: I. S. 183—186. Arndts: § 69. Wächter: Württembergisches Privatrecht: II. § 62.

[17] Böcking: Pandekten: I. § 331. Note 2. Kierulff: Theorie des gemeinen Civilrechts: I. S. 156, 157. — Über alles vergl.: Windscheid: Actio: S. 2, 3.

[18] Fischer: a. a. O. S. 66, 67.

Man kann dabei ein gewisses Bedauern empfinden, und ich für meinen Teil empfinde ein sehr lebhaftes. Es lebt sich leichter mit konkreten Gestalten, als mit abstrakten Sätzen. Aber es hat schon viele Personifikationen gegeben, welche die Hand der Geschichte in das Grab gelegt hat. Mögen wir unseren Aktionen einen ähnlichen Nachruf nachsenden, wie einst Schiller den Göttern Griechenlands; — aber ins Grab gehören sie doch!" — So schließt er seine Actio.

An Stelle der actio führte Windscheid den Begriff „Anspruch" ein und definierte denselben als das Recht, von einem Anderen etwas zu verlangen.[19] Wir finden in demselben die alte actio wieder, jedoch des prozessualen Elements, des Elementes des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes entkleidet. Wir dürfen deshalb, genau genommen, nicht sagen, die römische actio sei unser Anspruch.

Der neue Begriff fand bald allgemeine[20] Aufnahme und eine reiche Literatur knüpfte sich an denselben.[21] Ja, das Wort Anspruch wurde gar bald nicht nur in Theorie und Praxis, sondern auch in der Gesetzessprache in sehr verschiedenem Sinne gebraucht. So bedeutet der Anspruch im Sinne der Civilprozeßordnung jede zwecks gerichtlicher Verfolgung aufgestellte Rechtsbehauptung. Er geht zurück auf die ursprüngliche Bedeutung des Wortes Anspruch in der Gerichtssprache.[22] Es ist zu bedauern, daß man bei Abfassung der Civilprozeßordnung nicht den Ausdruck „Begehren" gewählt hat;[23] denn die verschiedenartige Bedeutung in welcher man den von Windscheid so klar dargelegten Begriff gebrauchte, mußte zu Verwirrungen und Zweifeln Anlaß geben. Ein großer Gewinn[24] ist es deshalb, daß das B.G.B.

[19] Windscheid: Actio: S. 5. I. § 43.

[20] Vergl. indes § 2 Anm. 2.

[21] Vergl. Anm. *

[22] Über die Bedeutung des Wortes Anspruch in der C. P. O. vergleiche Wach: Handbuch I. S. 293 ff. Feststellungsanspruch S. 15: Er nimmt eine dreifache Bedeutung an: 1. Anspruch im Sinne Windscheids. 2. Anspruch = Petitum, Beanspruchtes. 3. Anspruch = Rechtsschutzanspruch (vergl. unseren § 4).

Nicht übel unterscheidet Regelsberger: I. § 52 S. 213, zwischen „actuellem" und „potentiellem" Ansprechen.

[23] Fischer: a. a. O. S. 75.

[24] Hellwig: Anspruch: § 1. III. S. 5. Dagegen Langheineken: Anspruch: S. 20. Er glaubt, daß es besser gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber von der Aufnahme jener lehrreichen Definiton Abstand genommen hätte.

definiert,[25] was es unter Anspruch verstanden wissen will: Anspruch ist das Recht, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Damit hat sich das Gesetzbuch eng an die Begriffsbestimmung Windscheids angeschlossen.[26] Wir werden deshalb kaum fehlgehen, wenn wir auch für die Anspruchslehre des geltenden Rechts den Ausgangspunkt in den Lehren Windscheids suchen.

Mit dem Ausdruck „Anspruch" wollte Windscheid die Richtung des Rechts auf Unterwerfung fremden Willens, unabhängig davon, ob das Recht ein persönliches oder dingliches, ob es ein relatives oder absolutes ist, bezeichnen.[27] Der Anspruch ist daher nichts anderes, als der dem Berechtigten zu eigen hingegebene Rechtsbefehl. Er ist entstanden, sobald das Recht, dessen Ausdruck er ist, entstanden ist. Der Geburtstag des Rechts ist auch der Geburtstag des Anspruchs. Daraus ergiebt sich, daß ein Anspruch schon dann vorhanden ist, wenn die Leistung zwar geschuldet, ihre Fälligkeit aber noch nicht eingetreten ist. Wenn ich ein Darlehen hingegeben habe, rückzahlbar in drei Jahren, so habe ich sofort den Vertragsanspruch; derselbe ist aber noch nicht fällig, er geht vielmehr auf Rückgabe zur bestimmten Zeit.[28] Ferner entsteht, wenn eine Person kraft Rechtspflicht lediglich zu einem Unterlassen verbunden ist, nicht erst mit der Zuwiderhandlung ein Anspruch. Derselbe ist vielmehr von vornherein vorhanden; solange der Schuldner aber tatsächlich unterläßt, ist er befriedigt.[29] Auf diesem Standpunkt steht unseres Erachtens auch das B.G.B. Es bestimmt in § 198, daß die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt, fügt aber für den Fall, daß der Anspruch auf ein Unterlassen geht, hinzu, daß

---

[25] Vergl. B.G.B. § 194. Die Legaldefinition wurde von der zweiten Kommission wegen der Vieldeutigkeit des Wortes „Anspruch" beibehalten. Das Wort Anspruch empfehle sich als im Leben gebräuchlich. Ein Antrag, die Definition zu streichen, wurde abgelehnt. (Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. (Guttentag) 1897. S. 199. 201.

[26] Planck: I. S. 47 behauptet unseres Erachtens mit Unrecht, das B.G.B. drücke aus, was im Leben unter dem Ausdruck „Anspruch" verstanden wird. Gegen Planck: Höfer: S. 411.

[27] Windscheid: I. § 43. Vergl. auch A. 2 deselbst.

[28] Auch das B.G.B. spricht in § 273 von fälligen „Ansprüchen". Daraus ist zu folgern, daß es auch nicht fällige Ansprüche kennt, und sonach auf dem Boden des oben Gesagten steht. Vergl. auch Hellwig: Civilprozeßr. I. § 32 und die Anm. 22a daselbst.

[29] Hellwig: Anspruch: § 1. S. 6. Vergl. Windscheid: I. § 107.

die Verjährung erst mit der Zuwiderhandlung beginnen soll. Wäre vor der Zuwiderhandlung kein Anspruch vorhanden, entstände derselbe vielmehr erst mit der Zuwiderhandlung, so wäre dieser Zusatz völlig überflüssig. Doch die Frage ist bestritten.[30]

Entsprechend der Einteilung der Rechte und der actiones teilen wir auch die Ansprüche in persönliche und dingliche ein, je nachdem sie in einem persönlichen oder dinglichen Recht enthalten sind.[31] Der in der obligatio enthaltene Anspruch und das Forderungsrecht sind identische Begriffe.[32] Dagegen wird das dingliche Recht durch eine unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen gebildet. Der dinglich Berechtigte hat einen Anspruch gegen Jedermann.[33] Dieser Anspruch ist, wie sich aus dem Wesen des dinglichen Rechts ergiebt, ein negativer, er geht auf ein Unterlassen und wird, wie oben bemerkt, durch tatsächliches Unterlassen dauernd erfüllt. Neben diese im unverletzten dinglichen Rechte enthaltenen Ansprüche auf Unterlassen, können durch Hinzukommen besonderer Ereignisse noch andere Ansprüche treten. Wenn wir das Eigentum betrachten, so sind es insbesondere zwei Ansprüche: Der Anspruch auf Herausgabe, wenn sich ein Anderer als der Eigentümer im Besitze der Sache befindet[34] — der Eigentumsanspruch im engeren Sinn — und der Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung, wenn der Eigentümer in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird.[35] Zwei alte Bekannte

---

[30] Sie geht in ihren Grundzügen auf den Streit um den Anspruchsbegriff zurück, auf den wir noch kurz zu sprechen kommen. Speziell über § 198 vergl.: Planck: I. Bem. 2 z. § 198; Langheineken: Anspruch: S. 252.

[31] Diese Einteilung gilt auch für das B.G.B. Vergl.: § 221: „Dinglicher Anspruch".

[32] Kipp: Zusätze zu: I. § 43 A. 2 und A. 6a.

[33] Windscheid: I. § 43,1. Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe: II. S. 182 ff. Derselbe: Prinzipienlehre: I. S. 164 ff. v. Schey. In Grünhut. Bd. 7. S. 768. Oertmann. In Ih. Ib. Bd. 31. S. 456 ff. Für das bürgerliche Gesetzbuch: Cosack: I. § 74 S. 255. Hellwig: Anspruch: § 1 S. 4. Langheineken: Anspruch: S. 8, 9. Urteilsanspruch: S. 122 f. Leonhard: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs. (1900) S. 190, 191, 199.

[34] § 985 B.G.B.

[35] § 1004 B.G.B.

aus dem Pandektenrecht: die rei vindicatio und die actio negatoria.[36]

Die von uns im Anschluß an Windscheid entwickelte Anspruchslehre hat keineswegs allgemeine Zustimmung gefunden. Zunächst tritt Thon zu derselben in scharfen Gegensatz. Nach ihm ist, wie wir gesehen haben, der von der Rechtsordnung erlassene Imperativ lediglich Imperativ der Rechtsordnung; dem Berechtigten ist erst der weitere, an die Normwidrigkeit geknüpfte Rechtsbefehl zu eigen gegeben. Anspruch ist daher die von der Rechtsordnung verliehene Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung. Der Geburtstag des Anspruches ist nicht die Entstehung, sondern erst die Verletzung des Rechts.[37] Ferner hat eine Reihe anderer Schriftsteller den Satz aufgestellt, daß sich der Anspruchsbegriff auf das zur Geltendmachung reife subjektive Recht beschränke. Am deutlichsten kommt dies bei Kohler zum Ausdruck, welcher unter anderem sagt, „das subjektive Recht habe die Möglichkeit, Ansprüche aus sich heraus zu erzeugen", „ein Anspruch erzeuge sich erst aus der Störung des subjektiven Rechts", „Anspruch sei demgemäß die präsente Befugnis, von einem Anderen eine Tätigkeit oder das Ablassen von einer Tätigkeit zu verlangen".[38]

Die Vertreter dieser Ansicht kommen zunächst zur Ab-Ablehnung unserer Auffassung, daß schon vor der Fälligkeit ein Anspruch vorhanden ist. Aus einem auf fünf Jahre unkündbaren Darlehen entsteht ein Anspruch erst nach Ablauf der Vertragszeit! Diese Ansicht steht nicht nur im schärfsten Gegensatz zum Sprachgebrauch der Civilprozeßordnung und des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wo der fällige Anspruch viel-

---

[36] Hellwig: Anspruch § 3. 27. 28. Langheineken: Urteilsanspruch: S. 123. Derselbe: Anspruch: S. 26. Windscheid: I. § 43. S. 158, 159 geht im Gegensatz zu uns davon aus, daß sich der negative dingliche Anspruch durch seine Verletzung in einen positiven, auf Wiederaufhebung der Verletzung gegen den Verletzenden verwandelt. Gegen Windscheid: Hölder: Pandekt. I. S. 340.

[37] Thon: a. a. O. S. 223 ff. 228. 250 ff. 257. Der Thon'sche Anspruch umfaßt auch das Klagerecht. Siehe § 4.

[38] Kohler. In Grünhut Bd. 14. S. 9 ff. Dernburg: I. § 39. S. 86. Wach: Handbuch I. S. 15 u. 16. Kuntze: Die Obligationen im römischen und heutigen Recht. S. 56 ff. Pfersche: Privatrechtliche Abhandlungen S. 8 ff. Fischer: a. a. O. S. 70 ff. Vergl. auch: Regelsberger: I. § 52 II. V. 1.

fach dem nicht fälligen gegenübergestellt wird,[39] sondern sie führt auch im praktischen Rechtsleben zu unhaltbaren Resultaten. Die Gegner müssen folgerichtig annehmen, daß z. B. der Übernehmer eines Vermögens aus dem Darlehen, das erst nach der Vermögensübernahme fällig wird, nicht haftet — oder sie müssen zugeben, daß ihre Theorie unrichtig ist.[40] Naturgemäß gelangen die Gegner weiter zur Ablehnung des negativen Anspruchs gegen Jedermann aus dem unverletzten dinglichen Recht, der auch sonst vielfachen Widerspruch hervorgerufen hat.[41] Es liegt nicht im Rahmen unserer Betrachtungen, jede einzelne von diesen Ansichten auf ihre Berechtigung zu prüfen. Wir verweisen deshalb auf die bezügliche Literatur und wollen nur noch zur Erhärtung unserer Behauptung, daß auch unter der Herrschaft des B.G.B. der negative Anspruch gegen Jedermann seine Berechtigung hat, eine kurze Betrachtung anstellen:

Nach § 1018 B.G.B. kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, daß zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Eine derartige Grunddienstbarkeit bietet dem Berechtigten keinerlei Befugnis zu eigenem Handeln, bei ihr fehlt der anscheinend „positive Inhalt" vollkommen. Die gegnerische Auffassung muß nun folgerichtig zu dem Ergebnis gelangen, daß ein Recht ohne

---

[39] Vergl. C.P.O: § 257, 844, 916. B.G.B. 271, 273, 813, 1228 Abs. 2 und viele andere.

[40] § 419 B.G.B. Vergl. über die Ausführungen: Hellwig: Civilprozeßrecht § 32 II. S. 217, 218.

[41] Vergl. außer den in Anm. 38 Citierten: Ihering: Ih. Ib. Bd. 10. S. 392. Brinz: I. § 79: Der Anspruch setze einen „Gegner", einen „Feind" voraus. Dies dürften doch nur terminologische Erwägungen sein (Windscheid: I. § 43 A. 3). — Leonhard. In Busch Bd. 15. S. 334 ff: Weil sich auf diesen Anspruch die Vorschriften über die Verjährung, Novation oder Kompensation nicht erstrecken können. Für das B.G.B. hat er — vergl. unsere A. 33 — seinen Widerspruch aufgegeben, wohl im Hinblick auf § 198 Abs. 2 B.G.B. — Kipp: Aus ähnlichen Gründen wie Leonhard in Busch. Vergl. Zusätze zu: I. § 43 A. 3.

Speziell für das B.G.B. sind Gegner: Crone: I. § 35 S. 179 A. 6: „Der berüchtigte negative Anspruch." Dernburg: B. R. I, § 18. S. 51. Endemann: II. § 3 A. 9. S. 11 f. Enneccerus: I. § 124 I. 1. S. 310 und Anm. 1 daselbst. Hölder. In Busch (Arch. f. civ. Pr.) 29. S. 56. Derselbe: Arch. f. civ. Pr. Bd. 93. S. 38. Kipp: Zusätze zu: I. § 43. S. 159. Matthias: I. § 17. III. S. 69. Wendt: Arch. f. civ. Pr. Bd. 92. S. 95. Planck I. Vorbem. VII. S. 48; § 12 Nr. 7 S. 67. Vergl. indes: § 198 Nr. 2 S. 249. Langheineken: Anspruch S. 10 A. 1. Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.

Inhalt vorliegt. Nach unserer Auffassung hingegen erschöpft sich eine derartige Dienstbarkeit in dem Verbietungsrecht, in den Ansprüchen auf Unterlassen der bestimmten Handlungen. Diese Ansprüche sind — im Gegensatze zur obligatio in non faciendo — gegen Jedermann begründet. Ist die „Besorgnis gerechtfertigt", daß in Zukunft bestimmte, dem Inhalt der Dienstbarkeit widersprechende Handlungen vorgenommen werden, so steht dem Berechtigten die Klage aus § 259 C.P.O. zur Verfügung. Eine solche Klage würde die Folge haben, daß der Beklagte zur Unterlassung bei Vermeidung von Strafen verurteilt würde. Würden wir nun nicht annehmen, daß bereits in dem unverletzten dinglichen Recht Ansprüche begründet sind, so stünden wir vor dem sonderbaren Ergebnis einer Verurteilung zu einer Leistung, ohne daß überhaupt ein Anspruch auf Leistung besteht.[42]

Zum Schlusse wollen wir uns noch der Frage zuwenden, wie denn die Ansprüche, insbesondere die dinglichen, rechtlich zu behandeln sind. In dieser Hinsicht herrschte im gemeinen Recht keine Einigkeit. Man lehrte einerseits, daß der Anspruch als Ausfluß des zu Grunde liegenden Rechts nicht von dem Recht losgelöst werden und den Gegenstand selbstständiger Verpflichtungen und Verfügungen bilden könne. Insbesondere hat man behauptet, könne er nicht Gegenstand der Cession sein. Er könne höchstens der Ausübung nach übertragen werden.[43] Dem ist jedoch nicht zuzustimmen; es ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob der Anspruch seiner und der Natur des zu Grunde liegenden Rechts nach einer selbstständigen Existenz fähig ist. Ist dies der Fall, so stehen keine Bedenken entgegen, die allgemeinen Vorschriften über die Forderungsrechte auf die Ansprüche grundsätzlich für anwendbar zu erklären, soweit sich nicht aus der Eigenartigkeit

---

[42] Vergl. über unsere Ausführungen: Hellwig: Anspruch § 3. S. 26. Langheineken: Anspruch S. 9 bekämpft Hellwig, indem er keine Ansprüche auf Unterlassen, sondern Ansprüche auf „fremdes Verhalten in bestimmter Richtung" annimmt. Doch dieses fremde Verhalten kann nur im Unterlassen bestehen. Die Ansprüche gehen sonach auf Unterlassen. — Dernburg: I. S. 108 nimmt an, daß in diesem Falle bei Erhebung der Klage ein materiellrechtliches Klagerecht — ein Anspruch — noch nicht vorhanden sei; prozessual aber sei der Kläger zur Klageerhebung bereits befugt. — Vergl. § 4.

[43] Exner: a. a. O. S. 193. Dernburg: I. § 225 A. 3: „Die dingliche Klage bleibt stets Ausfluß des dinglichen Rechts und kann ohne dasselbe nur der Ausübung nach übertragen werden."

des einen oder anderen Anspruchs die Unanwendbarkeit der einen oder anderen Vorschrift ergiebt.[44] Die Ansprüche können demgemäß ohne Rücksicht darauf, ob es persönliche oder dingliche sind, grundsätzlich kompensiert, noviert, cediert werden.

Was im Besonderen die im Eigentum begründeten Ansprüche anlangt, so ist zu unterscheiden zwischen den aus dem unverletzten Rechte sich ergebenden Ansprüchen gegen Jedermann und den infolge besonderer Ereignisse hinzutretenden, sekundären Ansprüchen gegen eine bestimmte Person. Die ersteren sind untrennbar mit dem Eigentum verbunden, sie sind nicht nur der Ausfluß des Eigentums, sondern geradezu das ureigenste Wesen desselben. Sie sind einer selbständigen Existenz nicht fähig.[45] Anders die letzteren; sie sind nichts als sekundäre Folgeerscheinungen des Eigentums, welche durch bestimmte Tatsachen ins Leben gerufen werden und neben das seinem Inhalt nach ganz anders geartete Eigentum treten. Sie sind völlig selbständig. Dies zeigt sich am besten bei der rei vindicatio, dem Eigentumsanspruch. Er kann verjährt sein und trotzdem bleibt grundsätzlich[46] das Eigentum selbst unberührt erhalten. Diese Ansprüche können daher zweifellos den Gegenstand selbständiger Verpflichtungen und Verfügungen bilden, sie können vor allen Dingen Gegenstand der Cession sein. Die Wirkung einer solchen Cession ist dieselbe wie bei den Forderungen. Wie bei diesen eine Sondernachfolge in den persönlichen Anspruch, in das Forderungsrecht stattfindet, so findet bei jenen eine Sondernachfolge in den dinglichen Anspruch statt. Die Streitfrage, die

---

[44] So: Windscheid I. § 43 A. 7. Rümelin: Arch. f. civ. Pr. Bd. 68. S. 192, 193. Leonhard. In Busch: Bd. 15. S. 333 ff.

Für das Reichsrecht: Planck: II. S. 4,5. Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse S. 4.

[45] Dies führt Kipp: Zusätze zu I. § 43 A. 3 dazu, den Anspruch gegen Jedermann zu verwerfen. Man könne, führt er aus, denselben wohl einen Anspruch im allgemeinen Sinne des Wortes nennen, aber im Sinne der Vorschriften, die auf Ansprüche Anwendung finden, sei er kein Anspruch. — Es muß ja zugegeben werden, daß dem Anspruch gegen Jedermann im praktischen Leben wenig Bedeutung zukommt. Aber ihn lediglich deshalb zu verwerfen, weil er nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann, halten wir für untunlich. Im übrigen haben unsere Betrachtungen ergeben, daß er zu Konstruktionszwecken unentbehrlich ist.

[46] Der gutgläubige Besitzer kann unter Umständen die Sache ersessen haben.

um die Bedeutung der actio utilis entbrannt ist, hat also ihre Bedeutung im entwickelten gemeinen Recht verloren. Der Cessionar des Eigentumsanspruches macht nicht den Anspruch des Eigentümers vermöge eigenen Rechtes geltend, er hat auch nicht einen „eigenen" Eigentumsanspruch im Sinne der Windscheid'schen Theorie von der „eigenen actio", sondern der Eigentumsanspruch geht mit der Cession auf den Cessionar über.

Diese analoge Behandlung von Anspruch und Forderung veranlaßte einige Schriftsteller, bei der Kritik des Entwurfs des B.G.B noch einen Schritt weiterzugehen. Sie empfahlen oder erklärten es wenigstens für zulässig, die Begriffe „Anspruch" und „Forderung" zu vertauschen.[47] Daß man es nicht getan hat, hängt wohl nicht zum geringsten Teil mit dem Einfluß der Windscheid'schen Ausdrucksweise zusammen. Man hätte sich mit der Einführung der Bezeichnung „dingliche Forderungen" in den denkbar größten Widerspruch mit der üblichen Redeweise der Theorie und Praxis gesetzt; ja, ein großer Teil unserer wertvollsten Literatur wäre in kurzer Zeit gewißlich unbrauchbar geworden, wenn wir unsere neue Gesetzessprache bei einem so häufigen Ausdrucke in bewußten Gegensatz zu ihr hätten treten lassen.[48] Dennoch stand[49] Hellwig[50] für das B.G.B. auf dem Standpunkt, der Anspruch und die privatrechtliche Forderung seien identische Begriffe; denn Anspruch im Sinne des B.G.B. bedeute das Recht, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen, also das zu fordern, was das B.G.B. in § 241 als „Leistung" bezeichne. Was Anspruch von der Seite des Berechtigten aus bedeute, bezeichne das B.G.B. von der Seite des Verpflichteten aus als Verbindlichkeit; im Ganzen bedeute also jeder Anspruch ein Schuldverhältnis.

Diesen Ausführungen, die Hellwig selbst längst zurückgenommen hat, können wir nicht beitreten. Dagegen ist in der ersten Kommission bereits wiederholt die Frage erörtert worden, ob der aus dem absoluten Rechte entstehende An-

[47] Fischer: a. a. O. S. 94 ff. Leonhard. In Busch: Bd. 15. S. 339.
[48] Leonhard: a. a. O. S. 339.
[49] Vergl. unsere Anmerkung 54.
[50] Anspruch: § 1. III. Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 139. Weitere Literatur bei Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse S. 3.

spruch, insbesondere der dingliche Anspruch, soweit er lediglich auf Herstellung des dem Recht entsprechenden Zustandes geht, nach den Vorschriften über die Schuldverhältnisse zu beurteilen sei. Die Frage ist in den Motiven[51] ausdrücklich bejaht. Auch in der zweiten Kommission ist sie mehrfach[52] zur Sprache gekommen, ein Beschluß darüber ist aber nicht gefaßt worden. Was die Ausdrucksweise des B.G.B. selbst betrifft, so deutet dieselbe auf eine Unterscheidung zwischen dem Rechte, die Herstellung des dem dinglichen Rechte entsprechenden Zustandes zu fordern, und dem Rechte, die den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bildende Leistung zu fordern. Das erstere wird als Anspruch, das letztere als Forderung bezeichnet. Andererseits aber ergeben die über die dinglichen Ansprüche, insbesondere über die „Ansprüche aus dem Eigentum" gegebenen Vorschriften,[53] daß dabei von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß die allgemeinen Grundsätze über Schuldverhältnisse auch auf die dinglichen Ansprüche insoweit Anwendung finden, als sich nicht aus den dafür geltenden besonderen Bestimmungen eine Abweichung ergiebt.[54] Was die Cession der dinglichen Ansprüche anlangt, so ergiebt sich die Zulässigkeit derselben außerdem aus § 413 B.G.B., welcher die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auf die Übertragung anderer „Rechte" für entsprechend anwendbar erklärt, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Gemäß § 398 B.G.B. hat sonach die

---

[51] II. S. 4. III. S. 397. 399. 408. 409.

[52] So z. B. Protokoll: II. S. 391. 394. 626. 3964. 3971. 3972.

[53] §§ 985—1007 B.G.B.

[54] So bestimmt z. B. § 990 B.G.B., welcher die Verpflichtungen des unredlichen Besitzers gegenüber dem Eigentümer regelt, in Absatz 2: „Eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs bleibt unberührt." — Auch die Vorschrift des § 993 Abs. 1: „Im Übrigen ist er — der Besitzer — weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatz verpflichtet", deutet darauf hin, daß ohne diese Vorschrift die allgemeinen Grundsätze über Schuldverhältnisse zur Anwendung kommen würden. — Vergl. über unsere Ausführungen: Planck: II. Vorbem. I. S. 3. 4. Derselben Ansicht: Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse: Vorbem. S. 3. Dernburg: B.R. II. § 1. S. 3 (vergl. dagegen: 1. u. 2. Aufl. § 2 Nr. 9). Enneccerus: I. § 124. II. 3. S. 313. § 147. II. S. 372. Crome: II. § 138. S. 5. Hellwig: Civilprozeßrecht: I. § 32 insbesondere Anm. 19, wo er seine Ansicht, Forderung und Ansprüche seien identische Begriffe, zurücknimmt. (Vergl. hierzu unsere Anm. 50.) Kipp: Zusätze zu: II. S. 8 f. Schollmeyer: Vorbem. 5. vor § 241 S. 4. Langheineken: Anspruch: S. 25. Hölder: Zu § 221 Nr. 1. Sohm: Der Gegenstand: S. 31 Anm. 18.

Cession dinglicher Ansprüche die Wirkung, daß mit dem Abschluß des Vertrages der Erwerber an die Stelle des bisherigen Anspruchsberechtigten tritt, daß also eine Sondernachfolge in den dinglichen Anspruch stattfindet. Einen besonderen Fall, die Übertragung des Eigentumsanspruches, enthält unser § 931 B.G.B. Auf die eigenartige Bedeutung desselben werden wir unten noch näher einzugehen haben.

§ 4. Klagerecht und Rechtsschutzanspruch.*)

Die Lehre vom Klagrecht war früher viel umstritten und es herrscht auch heute noch keineswegs Einigkeit über dieselbe. Im Gegenteil, gerade in neuerer Zeit ist der Streit der Meinungen wieder aufs heftigste entbrannt und hat die Streitenden in nicht weniger als vier Hauptlager geschieden. Versuchen wir in Kürze einen Überblick zu gewinnen und kennzeichnen wir dann etwas eingehender unseren Standpunkt.

Wie wir oben gesehen haben, sind mit der Rezeption des römischen Rechts auch die actiones des klassischen Civilprozesses in das deutsche Recht übergegangen, wo sie unter dem Namen „Klagen", „Klagrechte" als Institute des geltenden Rechts fortgeschleppt wurden. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß dies hauptsächlich nur dadurch möglich wurde, daß man in den römisch-rechtlichen Begriff fremde Elemente hineintrug und ihn so dem geltenden Rechte anzupassen suchte. Auch der verschiedenen Theorien, die dieser Versuch gezeitigt hat, insbesondere der Theorie v. Savignys, ist bereits gedacht worden. Erst Windscheid hat in glänzenden Worten die Unhaltbarkeit der älteren Lehre dargetan und durch Einführung des Anspruchsbegriffes den „ersten und

* Zusammenstellung der älteren Literatur: Langheineken: Urteilsanspruch S. 1 ff. Vergl. Wach: Handbuch I. S. 19 ff. Feststellungsanspruch: S. 15 ff. Hellwig: Anspruch, insbesondere §§ 22 ff. Civilproz.: § 22 ff., wo die neuere Literatur — S. 143 — zusammengestellt ist. Ferner: Hellwig: Klagrecht und Klagmöglichkeit. An Hellwig anknüpfend: Pagenstecher: Zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Arch. f. civ. Pr. Bd. 97. — Vergl. auch: Dekanatsprogramm von Dr. E. Hölder (Leipzig 1903).

entscheidenden Schritt getan, um unseren Begriff des subjektiven Privatrechts zu reinigen von dem aktionenrechtlichen, prozessualen Element".[1]

Trotzdem setzt nach wie vor eine sehr verbreitete Anschauung das Klagerecht in unmittelbare Beziehung zum subjektiven Recht. Haben wir doch bei Besprechung desselben gesehen, daß einige Schriftsteller, insbesondere Thon, das Moment des Rechtsschutzes geradezu zum Kriterium des subjektiven Rechts machen. Die Anhänger dieser einseitig civilistischen Theorie des Klagrechts formulieren nun die Beziehung desselben zum subjektiven Recht in mannigfaltiger Weise: Es wird gesagt, das Klagrecht „wohne dem subjektiven Recht inne", oder auch es sei ein „Bestandteil", oder ein „Zubehör", oder ein „Element", oder eine „immanente Eigenschaft", oder eine „Qualität", oder eine „Potenz", oder ein „Ausfluß", oder eine „Funktion", oder eine „Betätigung", oder die „Ausübung", oder die „Entfaltung" des subjektiven Rechts. Als Vertreter dieser Theorien sind namentlich: Kroll,[2] Foerster-Eccius,[3] Thon,[4] Wächter,[5] v. Wilmowski-Levy[6] und Levy[7] zu nennen.[8]

Noch über zwanzig Jahre nach dem Erscheinen von Windscheids „Actio" war diese Richtung die allein herrschende. Man hatte zwar den Anspruchsbegriff aufgenommen, war sich jedoch der Tragweite desselben noch nicht bewußt geworden. Außerdem war man noch derart im Banne des römischen Rechts befangen, daß man vor jeder grundsätzlichen Abweichung von demselben zurückschreckte. Am deutlichsten kommt dieses Gefühl bei Bekker[9] zum Ausdruck, welcher der Befürchtung Raum gibt, man möchte nach Ausscheidung des prozessualen Elements aus der actio noch eines zweiten Elements bedürfen, um den Anspruch klagbar zu machen. Bekkers Befürchtung hat sich nur allzubald bewahrheitet. Schon Ende

---

[1] Wach: Feststellungsanspruch: S. 20.
[2] Klage und Einrede: S. 25.
[3] I. § 50 S. 250.
[4] a. a. O. S. 228 ff.
[5] I. § 98 S. 502 ff.
[6] Civilprozeßordnung: I. § 231 Note 1 u. 7.
[7] In Gruchot: Bd. 35 S. 162.
[8] Vergl. über das Obige: Langheineken: Urteilsanspruch S. 2.
[9] Zeitschr. d. Savigny Stift: Bd. 15. S. 201 f.

der sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts hatte Bülow[10] im Gegensatz zur herrschenden Lehre mit Nachdruck auf den entscheidenden Gegensatz zwischen dem staatsrechtlichen Prozeßverhältnis und dem gewöhnlich dem Privatrecht angehörenden Rechtsverhältnis hingewiesen. Aber erst der im Jahre 1877 erschienenen Schrift Degenkolbs: „Einwassungszwang und Urteilsnorm" war es beschieden, einen Wendepunkt in der Lehre vom Klagerecht herbeizuführen. Degenkolb faßt das Klagrecht einerseits als „Anwartschaft auf iudicium" gegenüber dem Beklagten, andererseits als „Anwartschaft auf Urteil" gegenüber dem Gerichte auf.[11] In ersterer Beziehung spricht Degenkolb von einem „publizistischen Einlassungszwang" und definiert denselben als die rechtliche Gebundenheit, auf angestellte Klage hin zum Zustandekommen, zur Entwickelung des Prozesses mitzuwirken durch eigene Erklärung oder durch die eines Vertreters.[12] Was die Anwartschaft auf ein Urteil anlangt, so ist diese nichts als eine Anwartschaft auf gesetzmäßiges Urteil schlechthin. Das also geartete Klagrecht Degenkolbs hat sonach als Voraussetzung nicht die Wahrheit des vom Kläger behaupteten relevanten Tatbestandes, sondern lediglich die tatsächliche Behauptung desselben. Es ist nichts als ein prozessuales Recht formaler Natur, es ist ein sogenanntes „abstraktes publizistisches" Klagerecht.[13] Dieser Lehre hat sich Sohm[14] eng angeschlossen, indem er das Klagerecht als das publizistische Recht auf Einlassung definiert und ausdrücklich die Meinung ablehnt, daß es ein Recht auf Kondemnation, auf erfolgreiche Klage sei.

Eine dritte Gruppe von Schriftstellern nimmt eine Mittelstellung zwischen der civilistischen und publizistischen Rich-

---

[10] Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen. Gießen 1868. S. 1 ff. Cit. bei Laband: III. S. 350 A. 2. Ferner Bülow. Im Arch. f. civ. Pr. Bd. 62. S. 75 ff. Bd. 64. S. 8 ff.

[11] Unmittelbar auch gegenüber dem Beklagten: a. a. O. S. 26 ff.

[12] Degenkolb: S. 3. 4. 15. 16 ff. 33 ff. 59.

[13] Langheineken: Urteilsanspruch: S. 3.

[14] In Grünhut: Bd. 4. S. 465 ff. Vergl. ferner: Heyßler. In Grünhut: Bd. 5. S. 604 und Bd. 11. S. 29. Seuffert. Ebenda Bd. 12. S. 626 ff. Loening: Widerklage S. 188 f. Rochole: Rechtsfälle II. S. 101 ff. Hellmann: Ih. Ib. Bd. 31. S. 85 ff.

Vergl. hierüber: Langheineken: Urteilsanspruch S. 4. 5.

tung ein. Dieselben sehen das Klagerecht einerseits als Ausfluß des subjektiven Privatrechts, andererseits als prozessuales Recht an und unterscheiden demgemäß zwischen materiellem oder privatrechtlichem und formellem oder prozessualem Klagerecht. Dieser Richtung gehört insbesondere Dernburg[15] an. Nach ihm hat das Klagerecht eine doppelte Bedeutung: eine prozessuale, dem öffentlichen Recht zugehörige, und eine privatrechtliche. Prozessualisch hat ein Klagrecht, wer das Bestehen einer klagbaren Befugnis behauptet. Klagrecht im privatrechtlichen Sinn ist das Recht des Klägers, auf ein ihm günstiges Urteil gegenüber dem Beklagten. Es „wohnt dem materiellen Recht inne", es bildet eine „Eigenschaft des Rechts", aber das Recht geht nicht in ihm auf.[16] Diese Theorie glaubte durch ihren vermittelnden Standpunkt die Schwäche und Einseitigkeit der beiden ersteren Theorien heilen zu können. Dieser Versuch scheint indes nicht nur mißlungen zu sein, sondern er hat obendrein zur Folge gehabt, daß die Einheitlichkeit des Klagrechtsbegriffes zerstört worden ist.

In neue Bahnen wurde die Lehre vom Klagrecht in den achtziger Jahren des vorigen Jahrhundert durch Adolph Wach gelenkt, welcher den Begriff des Rechtsschutzanspruches aufstellte: „Der Rechtsschutzanspruch ist der Anspruch des Klägers beziehungsweise des Beklagten auf Gewährung prozessualischen Rechtsschutzes." Er bildet in gewissem Sinne den Gegenstand eines jeden Prozesses.[17]

Durch diese Lehre hat sich Wach zunächst in schroffen Gegensatz zur herrschenden civilistischen Theorie vom Klagerecht gesetzt, denn sein Rechtsschutzanspruch ist nicht das subjektive Privatrecht, nicht der civilistische Anspruch, er ist nicht dem Rechte immanent, nicht eine Eigenschaft des Privatrechts. Dies erscheint, wenn man mit den Gegnern die

[15] I § 127. S. 294 ff. Vergl. auch: B. R. I. § 42. S. 108.

[16] Mehr oder minder zustimmend: Westerburg. In Gruchot Bd. 26. S. 453 f. Plósz: Beiträge S. 5 ff. 30. 103 ff. Weißmann: Hauptintervention: S. 76 ff. v. Canstein. In Busch Bd. 16. S. 1 ff. Hellmann: Lehrbuch des Civilprozeßrechts: S. 372 f. Diese Ansicht hat Hellmann aufgegeben und sich der Lehre vom abstrakten publizistischen Klagrecht genähert. — Vergl. unsere Anm. 14.

Hierüber: Langheineken: Urteilsanspruch S. 6. 7.

[17] Wach: Handbuch I. S. 19 ff. Feststellungsanspruch: S. 1 ff.

Leistungsklage, die Verfolgung des befriedigungsbedürftigen civilen Anspruchs in den Mittelpunkt der Beobachtung stellt, nicht auf den ersten Blick gerechtfertigt. Denn bei der Leistungsklage hat es in der Tat den Anschein, als wenn das Recht das Klagerecht ganz in sich trüge; denn der befriedigungsbedürftige Anspruch ist als solcher auch der Regel nach der schutzbedürftige. Doch auch hier schon bieten sich Erscheinungen dar, welche stutzig machen müssen. Unterziehen wir diese Erscheinungen einer kurzen Betrachtung, indem wir im wesentlichen den Ausführungen Wachs[18] folgen:

Das Rechtsschutzsystem stellt für den befriedigungsbedürftigen Anspruch verschiedene Schutzmittel auf: zur Entscheidung, zur Vollstreckung, zur Sicherung. Die Entscheidung kann gesucht werden auf dem Wege des ordentlichen oder eines summarischen Verfahrens (des Urkunden- oder Wechselprozesses). Also zweifellos verschiedenes Klagrecht! Wäre nun das Klagrecht Eigenschaft des materiellen Rechts, so läge hier verschieden geeigenschafteter privatrechtlicher Anspruch vor. Dies ist aber nicht der Fall. Urkundenklage, Wechselklage und ordentliche Klage bedeuten vielmehr nur Verschiedenheit des Rechtsschutzes und damit der Schutzwehr, nicht Verschiedenartigkeit des zu schützenden Rechts.

Ebensowenig ist der vollstreckbare Anspruch, z. B. der vollstreckbare Darlehensanspruch, anders geeigenschaftet, als der nicht vollstreckbare. Der Darlehensanspruch ist das Recht, von einem anderen, dem Darlehensgeber, die Hingabe einer Quantität vertretbarer Sachen zu verlangen, und modifiziert sich in keiner Weise dadurch, daß er vollstreckbar wird. Die Vollstreckbarkeit ist nichts dem Anspruch an und für sich Zukommendes, auch sie ist dem Anspruch nicht immanent, nicht eine Eigenschaft des Anspruchs. Das Vollstreckungsverfahren ist vielmehr ebenso, wie der ordentliche und der summarische Prozeß Rechtsschutzmittel, ein dem Anspruch durch das Prozeßrecht dienstbar gemachtes Nebenrecht. Bleiben wir beim Darlehensanspruch und nehmen wir an, die Vertragschließenden hätten das pactum executivum aus

[18] Feststellungsanspruch: S. 15 ff.

§ 794 Z. 5. C.P.O. geschlossen: In diesem Falle hat der Berechtigte die Wahl, den Verpflichteten im ordentlichen Prozeß oder im Urkundenprozeß in Anspruch zu nehmen, oder sich sogleich des Vollstreckungsverfahrens zu bedienen. Der Darlehensanspruch aber bleibt stets derselbe.

Was schließlich das Arrestrecht anlangt, so ist man wohl darüber einig,[19] daß es sich hier um ein prozessuales Sicherungsrecht handelt. „Der Arrestanspruch ist kein dem materiellen Recht immanentes, noch ein ihm beigeselltes, akzessorisches Klagrecht im Sinne eines civilen Nebenrechts, sondern ein ihm dienender Rechtsschutzanspruch publizistischer Natur."[20]

Da die Gegner Vollstreckung und Sicherung überhaupt von ihren Betrachtungen ausgeschlossen und auch bei der Entscheidung nur den Anspruch auf rechtskräftige Verurteilung im Gegensatz zur Feststellung im Auge gehabt haben, muß schon deswegen ihre Klagrechtstheorie als völlig einseitig bezeichnet werden. Gerade die Feststellungsklage ist es, welche uns so manche Erscheinung darbietet, die zu Bedenken gegen die herrschende Lehre von der Immanenz des Klagrechts im subjektiven Recht Anlaß gibt. So genießt die obligatio, das iuris vinculum zwischen zwei Personen in Gestalt der Feststellungsklage Rechtsschutz gegen Dritte, wenn deren Rechtsprätensionen das Feststellungsinteresse begründen. Wir haben es hier zweifellos mit einem Klagrecht zu tun, welches völlig außerhalb des Rahmens des Verpflichtungsverhältnisses, des persönlichen Anspruchs liegt, welches mit dem Verhältnis des Berechtigten zum Verpflichteten in keinem innerlichen Zusammenhang steht. Und dennoch lehren die Gegner ganz allgemein, das Klagrecht bilde den Inhalt des persönlichen Anspruchs. Noch unbegreiflicher aber erscheint diese Lehre angesichts der negativen Feststellungsklage. Hier besteht das Klagrecht völlig unabhängig von einem subjektiven, durch das Klagrecht zu schützenden Privatrecht. Wie kann hier das Klagrecht dem subjektiven Recht immanent sein?[21]

Aber auch beim einfachen Entscheidungsanspruch, dem Klagrecht der Gegner, erscheint die Vermischung von Klag-

[19] Statt aller: Wach: Feststellungsanspruch S. 18. 19.
[20] Vergl. Wach: Feststellungsanspruch S. 15 ff. bes. 18. 19.
[21] Feststellunganspruch S. 21. 22.

recht und Anspruch ungerechtfertigt.[22] Dieser Einsicht können sich die Gegner angesichts der heutigen Rechtsentwickelung wohl nicht mehr verschließen. Gibt es doch heute ein Klagrecht auf Verurteilung zu künftiger, ja sogar zu einer nur bedingt geschuldeten Leistung, also in Fällen, in welchen ein privatrechtlicher Anspruch überhaupt noch nicht besteht, oder doch privatrechtlich noch nicht geltend gemacht werden kann.[23] Zu beachten ist ferner, daß das Klagerecht einem anderen als dem Berechtigten zustehen kann, so z. B. dem Ehemann bezüglich der zum eingebrachten Gut gehörigen Rechte.[24] Das Klagerecht kann weiter gegen einen anderen als den Verpflichteten verfolgbar sein. So hat der Ehemann bei der allgemeinen Gütergemeinschaft für alle Prozesse, soweit sie das Gesamtgut betreffen, das Prozeßführungsrecht auch hinsichtlich des Anteils der Ehefrau und mit Wirkung gegen dieselbe.[25] Verbindlichkeiten gegen den Nachlaß werden, wenn der Nachlaß der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt, nicht gegen die Erben, sondern gegen den Testamentsvollstrecker geltend gemacht und auch zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß genügt in diesem Falle ein gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil.[26] Schließlich mag den Gegnern noch vor Augen geführt werden, daß das Klagrecht trotz der Existenz eines vollgültigen, fälligen Anspruchs fehlen kann. So kann die Ehefrau Ansprüche, die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Ehemann zustehen, erst nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes geltend machen.[27] Ihre Forderungen sind dadurch zeitlich unklagbar und zwar sowohl für den Leistungs- wie für den Feststellungprozeß, die civile Wirksamkeit der Ansprüche wird dadurch aber nicht beeinträchtigt. Ferner verbleibt einer

---

[22] Wach: Feststellungsanspruch S. 19 ff. Wir weichen hier von Wach ab und geben im Anschluß an Hellwig: Civilprozeßrecht: § 22. S. 148, §§ 49, 50, S. 320 ff. die Begründung hauptsächlich für das neue Recht. Im übrigen vergl. Wach: a. a. O.

[23] §§ 257—259 C.P.O.

[24] §§ 1380, 1400 B.G.B. Treffend führt Hellwig: Civilprozeßrecht S. 148 A. 18a aus, daß das Verhältnis hier ähnlich liege, wie im Strafprozeß: Der Privatkläger hat kein Strafrecht, sondern nur das prozessuale Recht zur Verfolgung des staatlichen Strafrechts.

[25] § 1443 B.G.B.; 740 C.P.O.

[26] § 748 Abs. 1 C.P.O.

[27] § 1394 B.G.B.

Partei das Klagerecht, auch wenn während des Prozesses auf ihrer Seite eine Rechtsnachfolge stattfindet.[28]

Diese Betrachtungen mögen genügen zum Nachweis, daß Anspruch und Klagrecht nicht identische Begriffe sind, daß das Klagrecht nicht eine Eigenschaft des Anspruchs ist. Es gibt Ansprüche ohne Klagrecht, und Klagrechte ohne Anspruch in der Hand des Klagberechtigten.

Nachdem wir so die privatrechtliche Eigenschaft des Rechtsschutzanspruchs verneint haben, drängt sich die Frage auf, welcher Natur er denn eigentlich ist. Die Beantwortung dieser Frage liegt sehr nahe. Wir haben oben dargetan, daß er ein Schutzrecht, ein dem Anspruch durch das Prozeßrecht dienstbar gemachtes Nebenrecht, daß er prozessualer Natur ist. Der Rechtsschutzanspruch ist sonach ein publizistisches Recht. Dessen ungeachtet ist er aber nicht identisch mit dem abstrakten publizistischen Klagrecht Degenkolbs. Dasselbe ist, wie wir gesehen haben, im wesentlichen nichts anderes, als die Jedermann freistehende Befugnis, ein Gericht mit der Behauptung anzugehen, daß man einen Anspruch auf Rechtsschutz habe. Unser Rechtsschutzanspruch dagegen ist das Recht auf dem Kläger oder dem Beklagten günstige Rechtspflegehandlung, auf Rechtsschutzhandlung, oder kurz gesagt, auf Rechtsschutz.[29]

Eine Erscheinungsform des Rechtsschutzanspruchs ist das Klagerecht.[30] Es ist das konkrete publizistische

---

[28] Dieser Satz beruht lediglich auf prozessualen Gesichtspunkten. Vergl. im einzelnen: Hellwig: Civilprozeßrecht § 52. Vielleicht sagt man richtiger, der Partei verbleibt das Prozeßführungsrecht.

[29] Wie Wach: Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts: II. S. 4 ff. Schmidt: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts: § 4. Stein: Urkundenprozeß: S. 45 f. Langheineken: Urteilsanspruch: S. 11 ff., woselbst auch vollständige Literatur zu finden ist. Hellwig: Anspruch: § 22; Civilprozeßrecht: § 22. Gaupp-Stein: Kommentar zur C.P.O. Vorberm. III. vor § 515. Seuffert: Kommentar zur C.P.O. I. zu § 253. Kipp: Zusätze zu: I. § 122 A. 6. Endemann: § 86a. Pagenstecher: a. a. O. (Vergl. unsere Anm. * vor § 4.) Vergl. auch schon: Windscheid: I. § 122. Laband: III. S. 349 f. Hölder: Pandekten I. S. 323. S. 332. Gegen Wach: Kohler: Prozeß als Rechtsverhältnis: S. 13 f. Derselbe: Forschungen: S. 27. Fischer: a. a. O. S. 73 f. Derselbe. In Busch Bd. 10. S. 427 f. Bülow. In Busch Bd. 27. S. 213 f. Hölder. In Busch Bd. 28. S. 50.

[30] Der „Entscheidungs- oder Urteilsanspruch" von Wach; der „Urteilsanspruch" Langheinekens.

— gegen den Staat[31] als den Träger der Gerichtsbarkeit gerichtete — Recht auf Erlaß eines bestimmten Urteils. Es ist von bestimmten Voraussetzungen abhängig und mit diesen schon vor dem Beginn des Prozesses vorhanden. Durch die Klagerhebung wird es nicht etwa erst begründet, sondern nur ausgeübt und es bleibt begründet, obgleich die angestellte Klage abgewiesen wird, weil sich der Klagberechtigte in der Form seines Rechtsschutzgesuches vergriffen oder sich an ein unrichtiges staatliches Organ gewandt hat.[32]

Zum Schluß noch einige Worte über die rechtliche Behandlung des Klagrechts. Als ein prozessuales, öffentliches Recht untersteht das Klagerecht nicht den Normen des Privatrechts, sondern seinen eigenen, im öffentlichen Recht, im Prozeßrecht begründeten Normen. Es gibt deshalb keine Verjährung des Klagrechts, sondern nur eine Verjährung des Anspruchs. Ebensowenig können die Parteien beliebig über das Klagrecht verfügen. Das Prozeßrecht kennt lediglich einen zeitweilig wirkenden Verzicht der Parteien auf das Klagrecht in Gestalt des Schiedsvertrages;[33] alle übrigen Parteidispositionen über das Klagrecht sind ausgeschlossen. Es kann also insbesondere nicht Gegenstand der Cession sein. Cediert wird lediglich der Anspruch und mit dem Anspruch geht das Klagrecht, das um des Anspruchs willen besteht, auf den Rechtsnachfolger über, erlischt also definitiv für den bisherigen Klagberechtigten.[34]

---

[31] Dagegen richtet sich der Rechtsschutzanspruch Wachs einerseits gegen den Staat, andererseits gegen den Gegner. Jener soll die Rechtsschutzhandlung gewähren, dieser sie dulden. (Feststellungsanspruch S. 27 ff.) Dem ist nicht völlig beizutreten. Daß der Beklagte die gegen ihn gerichtete staatliche Handlung dulde, ist nicht der Inhalt eines dem Klagberechtigten gegen den Beklegten zustehenden Rechts, sondern die unmittelbare Folge davon, daß er der Staatsgewalt unterworfen ist. Vergl. Hellwig: Civilprozeßrecht S. 148.

Planck: II. S. 4 ff. unterscheidet außerdem einen civilrechtlichen Begriff des Klagrechts, als des „gerichtlich im Wege des Angriffes erzwingbaren Rechts auf eine gewisse privatrechtliche Leistung". Doch dieses Klagrecht ist nichts anderes, als der vollgültige civile Anspruch. Vergl. unsere Anm. 16. Sonst stimmt Planck wesentlich mit dem oben Gesagten überein.

[32] Hellwig: Civilprozeßrecht S. 147.

[33] § 1025 ff. C.P.O. Vergl. Hellwig: Civilpr. § 26. S. 167 f.

[34] Hellwig: Anspruch S. 169.

§ 5. Gegenstand der Cession.

Nachdem wir nunmehr die grundlegenden Begriffe Eigentumsrecht, Eigentumsanspruch und Klagerecht und das Verhältnis dieser Begriffe unter einander erörtert haben, können wir uns unserer Aufgabe zuwenden, die Ansicht Zimmermanns, die Cession der Vindikation bewirke den Übergang eines dominium utile auf den Cessionar, zu bekämpfen und die Frage nach dem Gegenstande des Cession zu beantworten. Wir können uns hierbei sehr kurz fassen, denn die Lösung unserer Aufgabe stellt sich lediglich als Schlußfolgerung aus unseren vorangegangenen Ausführungen dar.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß Zimmermann und sein Anhänger Kunreuther in einem grundsätzlichen Irrtum befangen sind. Sie verwechseln die Begriffe Eigentumsrecht und Eigentumsanspruch und verkennen insbesondere das Verhältnis derselben zu einander. Freilich liegt ein solcher Irrtum sehr nahe, wenn man das Verhältnis von Recht und Anspruch beim Schuldverhältnis betrachtet. Das Forderungsrecht und der sich aus dem Schuldverhältnis ergebende Anspruch sind ineinander aufgehende, sind identische Begriffe. Wird der Anspruch übertragen, so ist in den meisten Fällen tatsächlich auch das Forderungsrecht auf den Erwerber übergegangen; geht der Anspruch unter, so ist praktisch vielfach auch das Forderungsrecht dahin. Ganz anders liegt wie wir in großen Zügen nachgewiesen haben, die Sache beim Eigentum. Das ungestörte Eigentum ist ohne Vindikation, ohne Eigentumsanspruch. Dieser tritt vielmehr erst durch das Eintreten besonderer Ereignisse neben das seinem Inhalt nach ganz anders geartete Eigentum. Von einer Identität der beiden Begriffe kann also keine Rede sein; man kann nicht sagen, der Eigentumsanspruch sei anstatt des Eigentums. Damit fällt die Ansicht Zimmermanns.

Wir wollen darauf verzichten, auch die übrigen Ansichten in der gemeinrechtlichen Literatur einer Kritik zu unterziehen, da die Verschiedenheit derselben vielfach eine grundsätzliche ist. Die älteren Theorien, wie die von Ihering und Windscheid, gehen auf den berühmten Streit um die

actio utilis des Cessionars zurück, während die neueren Lehren die Frage nach dem Verhältnis von Anspruch und Recht, die, wie wir gesehen haben, nicht einheitlich beantwortet worden ist, zu erörtern hatten. Wir wollen deshalb gleich unsere Ansicht darlegen, indem wir kurz das Ergebnis unserer begrifflichen Erörterungen zusammenfassen.

Gegenstand der Cession ist der Eigentumsanspruch; derselbe geht mit der Cession[1] auf den Cessionar über. Mit dem Anspruch geht das Klagrecht, das um des Anspruchs willen besteht, auf den Cessionar über; erlischt also definitiv für den bisherigen Klagberechtigten, den Eigentümer.

Auch für das B.G.B. müssen wir daran festhalten, daß Gegenstand der Abtretung der Eigentumsanspruch, der „Anspruch auf Herausgabe" ist. Nicht das Eigentumsrecht, sondern der Eigentumsanspruch ist es, der bei einer Übereignung nach § 931 B.G.B. zunächst auf den Erwerber übergeht. Doch er lebt in der Hand desselben nur einen Augenblick; denn mit dem Übergang des Anspruchs ist der Erwerber Eigentümer und damit Herr eines neuen, aus dem neu erworbenen Eigentum geborenen, Herr eines „eigenen" Eigentumsanspruchs geworden. „Die Vindikationscession bewirkt also eigentlich nicht, was sie will, nämlich daß die cedierte Vindication fortan dem Cessionar zustehe, sondern etwas davon ganz Verschiedenes."[2] Sie ist nur Mittel zum Zweck. In dem Augenblick, in dem dieser Zweck erreicht, der Erwerber Eigentümer geworden ist, hat sie ihre Aufgabe erfüllt und aufgehört zu bestehen.

Wir wollen nun im Folgenden den § 931 B.G.B. etwas eingehender erläutern, indem wir die Person des verpflichteten „Dritten" und die des berechtigten „Veräusserers" einer näheren Untersuchung unterziehen. Wir werden im Verfolg derselben die Frage nach dem Gegenstand der Cession noch einmal — nach einer anderen Richtung hin — zu prüfen haben und wollen schließlich die Frage für das B.G.B. zusammenfassend beantworten.

---

[1] Vergl. allerdings § 6.
[2] Kohler: Archiv f. bürgerliches Recht. Bd. 18 S. 86 ff. insb. S. 89.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 931 ist, daß ein Dritter im Besitz der Sache ist. Der Besitzdiener im Sinne des § 855 B.G.B. ist kein dritter Besitzer. Wird die tatsächliche Gewalt über die Sache durch einen Besitzdiener des Veräußerers ausgeübt, so findet § 921 S. 1 bezw. § 930 B.G.B. Anwendung, d. h. die Sache muß körperlich übergeben oder es muß ein constitutum possessorium zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbart werden. Wird die tatsächliche Gewalt durch einen Besitzdiener des Erwerbers ausgeübt, so vollzieht sich die Übereignung nach § 929 S. 2 B.G.B. durch sogenannte traditio brevi manu wird sie durch den Besitzdiener des Dritten ausgeübt, nach § 931 B.G.B., indem der Anspruch auf Herausgabe gegen den Dritten als Besitzherrn abgetreten wird.

Nicht so einfach ist die Frage zu beantworten, ob der § 931 B.G.B. auch im Falle des nur mittelbaren Besitzes des Dritten Anwendung findet. Die Beantwortung derselben hängt naturgemäß davon ab, ob sich der Eigentumsanspruch auch gegen den mittelbaren Besitzer richtet. Das B.G.B. hat sich hierüber nicht ausgesprochen. Die Protokolle der zweiten Kommission geben aber Aufschluß darüber, daß dieser Punkt eingehend erörtert worden ist. Eine Minderheit hat zu wiederholtenmalen, so in den Sitzungen vom 14. April 1893 und vom 14. März 1894 versucht, die Vindikation auf den mittelbaren Besitzer zu erstrecken, durch Anträge in der Richtung, daß der mittelbare Besitzer auf Einräumung des mittelbaren Besitzes solle verklagt werden können. Die Anträge wurden stets abgelehnt und bereits in der Sitzung vom 14. März 1894 das Gegenteil beschlossen, einen ausdrücklichen Zusatz in der Richtung aufzunehmen: Gegenüber einem mittelbaren Besitzer steht dem Eigentümer ein Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes nicht zu. Trotzdem machte die Minderheit bei Gelegenheit der Schlußrevision in der Sitzung vom 30. Mai 1905 einen dritten Versuch. Aber auch dieser war vergebens und der Paragraph erhielt die dem Beschluß vom 14. März 1894 entsprechende Fassung: § 899: Der Eigentümer kann vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen. Gegenüber einem mittelbaren Besitzer steht dem Eigentümer ein Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes nicht zu. Doch der Zusatz (Satz 2) wurde wieder gestrichen und

der § 960 der Reichstagsvorlage enthielt lediglich den ersten Satz. Er ist als § 985 in das Gesetzbuch übergegangen.[3] Der nunmehrige Wortlaut spricht für die Zulässigkeit der Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer; denn nach § 868 B.G.B. ist der mittelbare Besitzer a u c h Besitzer. Im Zweifel ist daher überall, so oft außerhalb des Besitzabschnittes im Gesetzbuch von Besitz und Besitzern die Rede ist, darunter auch der mittelbare Besitzer mitzuverstehen.[4] Die gegenteilige Annahme Wendts,[5] daß unter Besitz der mittelbare Besitz nur dann mitzuverstehen sei, wenn er ausdrücklich genannt sei, ist vollkommen willkürlich. Sie liegt auch seiner Beweisführung gegen die Zulässigkeit des Eigentumsanspruchs gegen den mittelbaren Besitzer zu Grunde. Aber auch seine im einzelnen hiergegen vorgebrachten Gründe sind nicht stichhaltig.[6] Es sei uns gestattet, in Kürze auf dieselben einzugehen.

Der Hauptgrund, den Wendt gegen die Zulässigkeit der Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer ins Feld führt, ist der, daß der rei vindicatio schlechterdings das Ziel gesteckt sei, vom Besitzer die H e r a u s g a b e der Sache zu verlangen, dieser Antrag aber dem mittelbaren Besitzer gegenüber an sich nicht möglich sei, da ihm die unmittelbare facultas restituendi fehle. Es muß zugegeben werden, daß dieser Einwand auf den ersten Blick den Gesamteindruck des § 985 für sich hat; denn es ist richtig, daß der mittelbare Besitzer zu einer leiblichen Herausgabe nicht imstande ist. Doch wenn man der Sache etwas auf den Grund geht, wird man eines Besseren belehrt. Denn einmal ist in dem Anspruch auf Herausgabe der Sache der Anspruch auf Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache und somit auf Überlassung des mittelbaren Besitzes — § 870 B.G.B. —

---

[3] Reatz: S. 483—488; Protokolle: III. S. 328 ff.

[4] Bekker: Ih. Ib. Bd. 34. S. 1 ff. insbes. S. 45. Gierke: S. 7 A. 15. S. 53. Grundsätzlich auch: Strohal: a. a. O. S. 1 ff. S. 49. Fischer-Henle: Bem. 4 zu § 868. Fischer: Deutsche Juristenzeitung Jahrg. III. S. 367 ff. Dernburg: B. R. III. § 13. S. 51. Kipp: Zusätze zu: I. § 148 bis 155. S. 700. Kober: Zu § 868 I. 3. S. 34. Planck: Zu § 868: Bem. 4. Biermann: Zu § 868,3.

[5] Wendt: S. 47. S. 50 ff. 70 ff. Derselbe: Verhandlungen des 24. deutschen Juristentags. I. S. 3—28.

[6] Wendt: a. a. O. S. 68 ff. — Ähnlich: Garais: Einführung S. 237 ff. (Freilich unter Bezugnahme auf die nicht mehr passenden Ausführungen bei Reatz zum ehemaligen § 899.) Vergl. auch: Bunsen: Einführung: II. S. 115. — Über die Citate: Gierke: a. a. O. S. 53: Anm. 21.

mit enthalten;[7] andererseits kann ja die Verurteilung des mittelbaren Besitzers zur leiblichen Herausgabe der Sache für den Fall der Erlangung des unmittelbaren Besitzes erfolgen.[8] Hierdurch wird in vielen Fällen derselbe praktische Erfolg erreicht werden, wie durch eine Klage gegen den unmittelbaren Besitzer. Der mittelbare Besitz hat ja die normale Tendenz, sich sobald als möglich in unmittelbaren Besitz umzuwandeln, die Ausschließung des zeitweiligen mittelbaren Besitzers von der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache ist oft eine ganze vorübergehende. Man denke etwa daran, daß ein Koffer dem Gasthof- oder Eisenbahnportier zur Aufbewahrung übergeben oder als Reisegepäck aufgegeben wird, daß Wertpapiere bei einer Bank hinterlegt sind; man denke weiter an die Übergabe von Sachen zur Reinigung, Ausbesserung und dergl.[9]

Daß die Entstehungsgeschichte des § 985 nicht gegen uns und für Wendt spricht, haben wir bereits oben dargelegt. Aber auch die von Wendt aus dem Gesetzbuch selbst angeführten Momente sprechen nicht für die Versagung des Eigentumsanspruchs gegen den mittelbaren Besitzer.

In erster Linie führt Wendt den § 986 B.G.B. an. Hier sei der mittelbare Besitzer neben dem — unmittelbaren — Besitzer in Beziehungen genannt, welche zu einer Verweigerung der Herausgabe der Sache berechtigen. Dabei sei immer Klageerhebung gegen den unmittelbaren Besitzer vorausgesetzt und niemals von Anträgen des Eigentümers gegenüber dem mittelbaren Besitzer die Rede. Aus dieser Fassung ergebe sich, daß die rei vindicatio nur gegen den unmittelbaren Besitzer zulässig sei, andernfalls eine Abänderung des Inhalts des § 986 hätte eintreten müssen. Dieser Schluß ist unseres Erachtens vollkommen ungerechtfertigt. Wir geben Wendt gerne zu, daß der § 986 die Vindikation gegen den unmittelbaren Besitzer voraussetzt und daß er lediglich für diesen Fall seine Vorschriften gibt. Aber daraus, daß für

[7] Dieser Ansicht scheint auch die Kommission gewesen zu sein, als sie, um einen solchen Anspruch abzuschneiden, den genannten Absatz 2 des damaligen § 899 einfügte. Vergl. Gierke: a. a. O. S. 53. 54. Anm. 24.

[8] Ein solcher Antrag, der dies ausdrücklich feststellen sollte, war in der Kommission gestellt: Reatz: I. S. 484.

[9] Strohal: a. a. O. S. 46.

einen Fall besondere Vorschriften gegeben sind, für den anderen Fall nicht, zu folgern, daß der andere Fall vom Gesetz überhaupt nicht anerkannt sei, geht nicht an. Durch die Vorschrift des § 986 ist dem Eigentümer unseres Erachtens in keiner Weise das Recht entzogen, die Klage, wenn er dies vorzieht, gegen den mittelbaren Besitzer zu richten. „Hat doch auch umgekehrt, wenn der Besitz dem unmittelbaren Besitzer durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, neben ihm zugleich der mittelbare Besitzer und zwar auch gegen den Eigentümer den Besitzschutzanspruch, vermöge dessen er die Wiedereinräumung des Besitzes nach der dem § 986 Abs. 1 entsprechenden Vorschrift des § 869 zunächst an den bisherigen Besitzer und eventuell an sich selbst verlangen kann."[10]

Eine weitere Unterstützung für seine Behauptungen findet Wendt in § 941. Die Ersitzung wird unterbrochen, so heißt es hier, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitz vom Eigenbesitzer ableitet. Daraus folgert Wendt, daß, wenn die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer überhaupt möglich wäre, sie an dieser Stelle zur Erscheinung hätte kommen müssen. Der § 941 könnte dann schlechterdings lauten, daß die Ersitzung durch Klagerhebung gegen den Usukapienten unterbrochen werde. Aber auch dieses Argument ist nicht schlüssig. Der § 941 ist nicht so auszulegen, daß im Falle mittelbaren Eigenbesitzes die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer ausschließlich die Ersitzung unterbricht. Er besagt vielmehr, daß in diesem Fall neben der normalen Vindikation gegen den mittelbaren Eigenbesitzer auch die Vindikation gegen den unmittelbaren Besitzer geeignet ist, die Ersitzung zu unterbrechen.[11]

[10] Siehe Anm. 11.

[11] Gierke: a. a. O. S. 54. Anm. 27. — Die von Wendt weiter erwähnten §§ 990, 991, 1006 sind im wesentlichen gegen Fischer-Henle: § 991, Anm. 3, 985, Anm. 2, 1006, Anm. 1 ins Feld geführt. Fischer-Henle finden nämlich in § 941 geradezu die Möglichkeit ausgesprochen, daß die Vindikation auch gegen den mittelbaren Besitzer gehen könne: „oder diesem — dem mittelbaren Besitzer gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist". Vergl. auch: Planck: III. § 985, 1b und § 991,1. — Doch es ist wohl mit Gierke (a. a. O. N. 27), Wendt (a. a. O. S. 74 ff.) zuzugeben, daß hier nicht gerade an die Klageerhebung gegen den mittelbaren Besitzer, sondern an die Wirkung der Streitverkündung nach § 76 C.P.O. gedacht ist.

Erscheint sonach die Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer aus theoretischen Gründen zulässig, so ist sie aus praktischen Gründen geradezu geboten. Denn beim weiten Umfang des mittelbaren Besitzes würde der Eigentumsschutz höchst unvollkommen und unzweckmäßig geordnet sein, wenn der Eigentümer gezwungen wäre, die Vindikation stets nur gegen den unmittelbaren Besitzer zu richten. Soll der Eigentümer eines Hauses, das lediglich von einem Dutzend Mieter unmittelbar besessen wird, gegen sämtliche Mieter vindizieren? Soll der Eigentumsstreit über ein Pferd, das mit anderen Pferden beider Teile in einem Reitinstitut in Pension steht und auf alle Fälle dort bleiben wird, notwendig mit einer Klage gegen den Besitzer des Reitinstituts eingeleitet werden? Soll die Reichsbank bei allen Prozessen über das Eigentum an Wertpapieren und Wertsachen, die bei ihr hinterlegt sind, alleinige Beklagte sein?"[12] — In vielen dieser Fälle wird der Beklagte gar nicht am Ausgang des Rechtsstreits interessiert sein. Er wird dem mittelbaren Besitzer gemäß § 76 C.P.O. den Streit verkünden und sich dem Prozesse entziehen. Der Erfolg ist, daß der Streit dann tatsächlich doch zwischen dem Eigentümer und dem mittelbaren Besitzer ausgetragen wird, dem Eigentümer aber durch diesen Umweg, abgesehen von der Vermehrung der Kosten, ein Nachteil durch größere Zeitversäumnis entsteht. Den Eigentümer auf diesen Umweg zu drängen, kann aber nicht der Wille des Gesetzes sein. Ja, es kann Fälle geben, wo die Erhebung des Eigentumsanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer, welchem ein mittelbarar Besitzer gegenübersteht, von vornherein unmöglich ist. „So könnte es vorkommen, daß der Eigentümer den augenblicklichen unmittelbaren Besitzer einer regelmäßig ausgeliehenen Sache gar nicht zu ermitteln imstande wäre, der mittelbare Besitzer sich aber hinter die Position seines nur mittelbaren Besitzes zurückzöge und die Nennung des unmittelbaren Besitzers verweigerte."[13] Man denke z. B. an ein einer Leihbibliothek einverleibtes Buch! Oder die Erhebung des Eigentumsanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer erscheint von vornherein erfolglos, weil

[12] Gierke: a. a. O. S. 55.
[13] Gierke: a. a. O. S. 55. Prot. III. S. 331.

dem unmittelbaren Besitzer z. B. ein dingliches Recht an der Sache zusteht, welches ihn zum Besitz derselben berechtigt.[14] In all diesen Fällen ist die Möglichkeit der Klagführung gegen den mittelbaren Besitzer ein unabweisbares Bedürfnis. Schließlich ist die außerordentliche Flüssigkeit und Unsicherheit der Grenzlinien zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitz zu bedenken. Es können Fälle vorkommen, wo der Eigentümer schwer feststellen kann, ob ein „Angestellter, Verwalter, Beauftragter bloßer Besitzdiener im Sinne des § 855 oder ob er Besitzer ist. Vindiziert er gegen ihn, weil er ihn für den Besitzer hält, so muß er abgewiesen werden, wenn der Richter die Überzeugung gewinnt, daß bloß Innehabung vorliegt. Richtet er nunmehr die Vindikation gegen den Geschäftsherrn, so droht ihm vielleicht das gleiche Schicksal, weil der Beklagte den Richter überzeugt, daß er nur mittelbarer Besitzer ist. Sollen nun alle diese drohenden Streitfragen auf Kosten vindizierender Eigentümer ausgetragen werden?"[15]

In Erwägung all dieser Umstände hat denn auch die Literatur überwiegend die Zulässigkeit der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer ausgesprochen[16] und auch die Rechtsprechung[17] hat sich dieser Ansicht angeschlossen.

Wir haben sonach die Frage, ob eine Übereignung nach § 931 auch im Falle des mittelbaren Besitzes des Dritten möglich ist, zu bejahen.

Wenden wir uns nun der Person des veräußernden Eigentümers zu und fragen wir, ob der § 931 auch im Falle mittelbaren Besitzes des Eigentümers Anwendung finden kann. Die Frage ist selbstverständlich zu bejahen, voraus-

---

[14] Strohal: a. a. O. S. 47.

[15] Gierke: a. a. O. S. 55. 56.

[16] Bekker: a. a. O. S. 45. Gierke: a. a. O. S. 53 ff und Gutachten zum 24. deutschen Juristentag Bd. 3. S. 29 ff. Strohal: a. a. O. S. 45 f. und Sächs. Archiv Bd. 8. S. 341. Fischer-Henle: A. 2 zu § 985. Fischer: In der deutschen Juristenzeitung 1898 S. 367 ff. Achilles: Zu § 985. Kober: § 985 II. 2. c. Biermann: § 985,2. Planck: III. § 985 1b. Dernburg: B. R. III. § 119,2. S. 367. Kipp: Zusätze zu I. § 196. S. 890. Cosack: B. R. II. § 212 IV. 1a. S. 162 f. Neumann: § 985,2a. Enneccerus: II. § 67 Nr. 5. Bernhöft: Das bürgerliche Recht. In Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft: S. 496,1a.

[17] O. L. G. Jena und Dresden: Rechtssprechung der O. L. G. Bd. 2. S. 167 bezw. Bd. 5. S. 154.

gesetzt, daß auch der Dritte entweder mittelbarer[18] oder unmittelbarer Besitzer ist. Damit uns die Beziehungen, die in diesem Fall zwischen dem veräußernden Eigentümer und dem Dritten bestehen, vollständig klar werden, müssen wir in Kürze auf den mittelbaren Besitz eingehen.

Das Wesen des mittelbaren Besitzes wird durch die Vorschrift des § 868 genauer bestimmt:

Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

Versuchen wir auf dieser Grundlage die für das Dasein des mittelbaren Besitzes entscheidenden Momente herauszustellen. Der mittelbare Besitz setzt seinem Wesen nach also immer das Vorhandensein eines unmittelbaren Besitzers voraus, welcher den mittelbaren Besitzer einerseits von der Sache trennt, andererseits aber zu demselben in einem Rechtsverhältnisse steht, durch welches er ihm den mittelbaren Besitz der Sache vermittelt. Das Gesetz führt zunächst als besondere Fälle solcher Rechtsverhältnisse den Nießbrauch, das Pfandrecht, die Pacht, die Miete, die Verwahrung an und verweißt schließlich auf ähnliche Verhältnisse, vermöge deren jemand einem anderen gegenüber auf Zeit[19] zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Es fragt sich nun, ob die gemeinsame typische Ähnlichkeit der sämtlichen Anwendungsfälle lediglich in dem Sinne des Relativsatzes zu finden ist, d. h. in der Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz auf Zeit, oder ob ein weiteres gemeinsames Merkmal aufzustellen ist, das aus den vom Gesetz angeführten besonderen Fällen zu entnehmen ist. Schon die Entstehungsgeschichte des § 868[20] und die Wortfassung desselben sprechen dafür, daß die letztere Annahme die richtige ist. Aber auch aus anderen Stellen des Gesetzes, welche den mittelbaren Besitz berühren, ergeben sich Anhaltspunkte hierfür. So sprechen die §§ 941, 986, 991

[18] Vergl. § 871 B.G.B.

[19] Daher dürfte die Frage, ob der Grundeigentümer dem Erbbaubercchtigten gegenüber mittelbarer Besitzer ist, zu verneinen sein. So: Wendt: a. a. O. S. 61. Kipp: Zusätze zu: I. § 148—155. S. 698. A. M. Kober: § 868 III. 2.

[20] Prot. III. S. 219 ff.

in dem Sinne, daß der unmittelbare Besitzer seinen Besitz ableite vom mittelbaren Besitzer. Die gemeinsame Voraussetzung aller Fälle des mittelbaren Besitzes liegt demnach darin, daß der Besitz notwendig gerade vom mittelbaren Besitzer an den unmittelbaren Besitzer als Besitzmittler gekommen sein muß, daß er dem Besitzmittler vom unmittelbaren Besitzer auf Zeit anvertraut ist.[21] Daß sich dies in der Tat so verhält, werden wir am besten dadurch klarstellen, daß wir uns mit Strohal[22] die Hauptentstehungsgründe des mittelbaren Besitzes vergegenwärtigen.

Ein Verhältnis des mittelbaren Besitzes entsteht zunächst dadurch, daß jemandem der Besitz einer Sache vom bisherigen unmittelbaren Besitzer auf Zeit überlassen wird. Diese Überlassung kann erfolgen im Interesse des Überlassenden, so bei der Überlassung zur Aufbewahrung, zum Zwecke des Transportes, der Bearbeitung und dergleichen. Hier ist der Übernehmer dem Überlassenden gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet. Oder die Überlassung erfolgt im Interesse des Übernehmers, so wenn sie zum Zwecke der Einräumung eines Faustpfandes oder zum Zwecke der Nießbrauchsbestellung, der miet- oder pachtweisen Nutzung oder leihweise stattgefunden hat. In diesen Fällen ist der Übernehmer dem Überlassenden gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt.

In einer weiteren Gruppe von Fällen des mittelbaren Besitzes wird die freiwillige Überlassung des Besitzes auf Zeit seitens des bisherigen unmittelbaren Besitzers an den Übernehmer durch eine gerichtliche Einweisung des Übernehmers in den Besitz oder wohl auch dadurch ersetzt, daß der Übernehmer kraft einer aus dem Gesetz entspringenden Befugnis sich auf Zeit in den Besitz setzt. So tritt einerseits der Nießbraucher dem in den unmittelbaren Besitz des Nießbrauchsgegenstandes gesetzten Verwalter als mittelbarer Besitzer gegenüber;[23] andererseits befindet sich im mittelbaren Besitz der Erbe gegenüber dem Testamentsvollstrecker, die Frau gegenüber dem Ehemann rücksichtlich der zum eingebrachten Gut gehörigen Sachen, das Kind gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt hin-

[21] Kober: § 868 I. 2. Strohal: S. 20.
[22] S. 20 ff.
[23] B.G.B. § 1052.

sichtlich der zum unfreien Kindesvermögen gehörenden und vom Inhaber der elterlichen Gewalt in Besitz genommenen Sachen.[24]

Ein Verhältnis des mittelbaren Besitzes kann sich ferner ergeben, indem jemand als Vertreter eines anderen Besitz derart erwirbt, daß er hierbei den unmittelbaren Besitz für sich selbst erlangt und dem Vertretenen somit nur mittelbaren Besitz verschaffen kann. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Bankier für das Depot eines Kunden neue Wertpapiere ankauft. Hiermit und mit den zuerst genannten Fällen hängt es zusammen, daß mittelbarer Besitz auch dann entstehen kann, wenn der unmittelbare Besitzer mit einem anderen ein dem § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis vereinbart — ein constitutum possessorium abschließt.[25] Das Besitzverhältnis ist dann genau so beschaffen, als ob der andere dem gegenwärtigen unmittelbaren Besitzer den Besitz auf Zeit überlassen hätte.

Sehr bestritten ist die Frage, ob auch der Finder einer Sache den Verlierer zum mittelbaren Besitzer macht. Daß der Finder Besitzer wird, steht nach dem B.G.B. außer allem Zweifel. Gemäß § 966 ist er auch zur Verwahrung der Sache verpflichtet. Hierdurch scheint die Folgerung nahegelegt, daß auch der Finder, weil einem anderen gegenüber „auf Zeit zum Besitz verpflichtet", durch seinen Besitz dem Verlierer den mittelbaren Besitz vermittele. Dieser Schluß wird denn in der Tat von Wendt gezogen.[26] Er erscheint jedoch in dieser Allgemeinheit nicht gerechtfertigt. Behalten wir unsere Grundlage im Auge! Wir haben gesehen, daß bei Entscheidung der Frage, ob mittelbarer Besitz vorliegt, nicht ausschließlich zu erwägen ist, ob der unmittelbare Besitzer „einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder ver-

---

[24] B.G.B. §§ 2205, 1373, 1627, 1638, 1649, 1684 ff.

[25] § 930 B.G.B. Ein abstraktes constitutum possessorium kann ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 nicht darstellen. (R. G. 15. 11. 1901. Juristische Wochenschrift 1902. S. 10.)

[26] Wendt: a. a. O. S. 62 ff. Ferner: Kipp: Zusätze zu I. §§ 148 bis 155. S. 98. Dernburg: B. R. III. § 20. III. c. S. 67. Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des B. G. B. In Gruchot Bd. 42. S. 669. Bekker: Aphorismen zur Besitzlehre. In den Beiträgen zur Auslegung des B.G.B. herausgegeben von Bernhöft und Binder. Bd. 1. S. 19. Kniep: Der Besitz des B.G.B. gegenüber dem römischen und gemeinen Recht (1900). S. 152.

pflichtet ist". Die verschiedenen Entstehungsarten des mittelbaren Besitzes haben uns vielmehr belehrt, daß der unmittelbare Besitzer sein nur zeitliches Recht zum Besitz von dem Überlassenden ableiten muß, daß er den ihm überlassenen Besitz gleichsam als einen ihm anvertrauten hat. Betrachten wir das Verhältnis des Verwahrers, des Mieters, des Testamentsvollstreckers, des Ehemanns, des Inhabers der elterlichen Gewalt, des Stellvertreters, überall liegt ein gewisses Vertrauensverhältnis vor. Beim Finder hingegen läßt sich dies nicht ohne weiteres behaupten. Gewiß sind Fälle denkbar, wo der Finder, indem er die gefundene Sache in Besitz nimmt, zugleich als Vertreter des Verlierers oder eines sonstigen Empfangsberechtigten handelt. So z. B. wenn der Finder vom Verlierer mit dem Aufsuchen und Ergreifen der verlorenen Sache beauftragt oder gesetzlicher Vertreter eines Empfangsberechtigten ist. Unter solchen Verhältnissen wird man annehmen müssen, daß der Finder durch seine Besitzergreifung allerdings auch demjenigen Empfangsberechtigten, für welchen er handelt und den zu vertreten er in der Lage ist, mittelbaren Besitz verschafft.[27] Auch der Fall ist denkbar, daß der Finder den Verlierer kennt und deshalb die Sache an sich nimmt. Hier kann das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung kommen und damit die Grundlage für mittelbaren Besitz nach § 868 gegeben sein.[28] Die Frage jedoch, ob der Finder als solcher schon den Verlierer zum mittelbaren Besitzer macht, ist zu verneinen.[29]

In allen Fällen des mittelbaren Besitzes steht dem mittelbaren Besitzer ein, wenn auch nicht immer fälliger, „Anspruch auf Herausgabe" der Sache zu. Für die im § 868 namentlich aufgeführten Fälle ergiebt sich derselbe aus den betreffenden Gesetzesstellen.[30] für die übrigen Fälle aus dem Wortlaut des

---

[27] Strohal: S. 24 f.

[28] Kober: § 868 III. 2.

[29] Strohal: S. 24 ff. Kober: § 868. III. 2. Planck: III. § 868. S. 63. Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb (1899). S. 71. Biermann: § 868,1.

Die Ausführungen hinsichtlich des Finders gelten auch für den Fall des Schatzfundes nach § 984. Vergl. Strohal: S. 25.

[30] §§ 1055, 1223, 591, 556, 695 ff: wenn auch hier nicht immer ausdrücklich von einem Anspruch auf Herausgabe die Rede ist, sondern es öfters heißt: „ist verpflichtet, zurückzugeben," so ist dies belanglos.

Paragraphen. Denn wenn ich nur auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet bin, ist es ganz natürlich, daß ich nach Ablauf der Zeit die Sache herauszugeben habe. Dies ergiebt zum Überfluß auch noch die Entstehungsgeschichte des § 868: In der zweiten Kommission wurden zu § 821 des ersten Entwurfs wiederholt Anträge eingebracht, in denen der „Rückgabepflicht nach Beendigung des Rechtsverhältnisses" ausdrücklich gedacht ist.[31] Und schließlich gewährt uns das Gesetzbuch selbst einen sicheren Anhalt: Der § 870 spricht ganz allgemein von dem dem mittelbaren Besitzer zustehenden Anspruch auf Herausgabe.

Es wäre nun aber ein ganz verkehrtes Verfahren, wollten wir sagen, daß mittelbarer Besitzer schlechthin derjenige ist, welcher gegen den unmittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe der Sache hat. Wir haben vielmehr in jedem Falle, wo es sich um einen Anspruch auf Herausgabe der Sache handelt, zu prüfen, ob der Berechtigte und der Verpflichtete in einem unseren obigen Ausführungen entsprechenden Verhältnis stehen. So hat der Nacherbe gegen den Vorerben mit dem Eintritt der Nacherbfolge einen Anspruch auf Herausgabe der zur Erbschaft gehörigen Sachen.[32] Trotzdem befindet er sich dem besitzenden Vorerben gegenüber grundsätzlich nicht in der Stellung eines mittelbaren Besitzers, denn die Erbenstellung steht einerseits bis zum Eintritt der Nacherbfolge nur dem Vorerben zu, andererseits hat dieser den Besitz der zur Erbschaft gehörenden Sachen nicht als einen ihm vom Nacherben anvertrauten. Auch der Käufer einer Sache hat gegen den Verkäufer einen Herausgabeanspruch, nämlich einen Anspruch auf Übergabe der Sache[33] und trotzdem ist er nicht mittelbarer Besitzer; er wird das vielmehr erst dadurch, daß er mit dem Verkäufer ein dem § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis vereinbart.[34] Aber auch der Eigentümer und unter Umständen der frühere Besitzer können vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.[35] Ansprüche auf Herausgabe und doch kein mittel-

[31] Prot. III. S. 219 ff. insbesondere Antrag 4 u. 7 zu Entw. I. § 281.
[32] § 2130 B.G.B.
[33] § 433 B.G.B.
[34] § 930 B.G.B.
[35] §§ 985, 1007 B.G.B.

barer Besitz! Denn der Besitzer als solcher steht weder zum Eigentümer noch zum früheren Besitzer in einem Rechtsverhältnis der im § 868 bezeichneten Art; er ist diesen Personen gegenüber zum Besitz weder berechtigt noch verpflichtet.

Nachdem wir so den Eigentumsanspruch und den Anspruch aus dem früheren Besitz[36] ausgeschieden haben, können wir sagen, daß der Herausgabeanspruch im Sinne der §§ 868, 870 ein rein obligatorischer ist.

Diese Behauptung bedarf hinsichtlich der Miete, der Pacht, der Verwahrung, der Leihe und einer Reihe anderer Rechtsverhältnisse keines weiteren Beweises, erscheint aber im Hinblick darauf, daß das Gesetz auch Nießbrauch und Pfandrecht, dingliche Rechtsverhältnisse, ausdrücklich aufzählt, etwas gewagt. Doch auch der Anspruch des Eigentümers gegen den Nießbraucher auf Rückgabe der Sache nach Beendigung des Nießbrauchs und der Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes nach dem Erlöschen des Pfandrechts sind rein persönliche Ansprüche. Denn mit der Entstehung des Nießbrauchs und des Pfandrechts werden zugleich obligatorische Beziehungen zwischen Nießbraucher und Eigentümer, zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder begründet, deren Inhalt durch das Gesetz näher bestimmt wird.[37] So ist der Nießbraucher verpflichtet, bei der Ausübung seines Nutzungsrechtes die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrecht zu erhalten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren; er hat weiter für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen und diejenigen Ausbesserungen und Erneuerungen vorzunehmen, die zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. Der Pfandgläubiger ist verpflichtet, die Sache zu verwahren; schließlich sind sowohl Nießbraucher als Pfandgläubiger verpflichtet, die Sache nach Beendigung des Rechtsverhältnisses zurückzugeben.[38] In ähnlicher Weise

---

[36] Der Anspruch aus § 861 B.G.B. auf Wiederaufräumung des Besitzes — gewissermaßen auch ein „Anspruch auf Herausgabe der Sache" — scheidet schon deswegen von jeder Betrachtung aus, da er „verbotene Eigenmacht", also die Negation eines geordneten Rechtsverhältnisses voraussetzt.

[37] Planck: III. Vorbemerkungen zum 2. Titel: Ziff. 3. S. 384. 385. Vergl. auch: S. 385,I. I. 3.

[38] §§ 1036, 1041, 1215, 1055, 1223 B.G.B.

erzeugen auch andere dingliche Rechtsverhältnisse obligatorische Beziehungen zwischen den Beteiligten und können so unter Umständen persönliche Ansprüche auf Herausgabe begründen und mittelbaren Besitz schaffen.

Ist nun der mittelbare Besitzer zugleich Eigentümer, so steht ihm neben dem obligatorischen Anspruch noch der Eigentumsanspruch zu.

Indem wir nunmehr zu unserem § 931 zurückkehren, stellen wir zunächst fest, daß der „Anspruch auf Herausgabe", in dem wir gestützt auf die geschichtliche Entwickelung bisher ausschließlich den Eigentumsanspruch erblickt haben, kein terminus technicus ist, daß er vielmehr im Falle des mittelbaren Besitzes des Eigentümers zweideutig ist.[39]

Müssen nun zu einer vollgültigen Übereignung beide Ansprüche, sowohl der dingliche als der obligatorische, abgetreten werden oder genügt die Abtretung eines von beiden? Also nochmals die Frage: Was ist Gegenstand der Cession?

Die Stellung der Materialien zu derselben ist nicht vollständig klar. Gelegentlich der Beratung der §§ 874 und 804 des ersten Entwurfs wurde von einer Seite vorgeschlagen, im Falle des mittelbaren Besitzes des Veräußerers neben der Einigung die Verschaffung des Eigenbesitzes durch Anspruchsabtretung zum Eigentumserwerb genügen zu lassen. Von anderer Seite wurde beantragt, einen § 874b des Inhalts einzuschieben, daß in allen Fällen, wo sich ein Dritter im Besitze der Sache befindet, die Übergabe durch Anspruchsabtretung ersetzt werden könne. Die Protokolle äußern sich nun zu dem ersten Vorschlag dahin, daß im Falle mittel-

---

[39] Daß nicht neben der Vindikation und dem persönlichen Anspruch aus dem den mittelbaren Besitz begründenden Rechtsverhältnis der Anspruch aus § 1007 B.G.B. in Betracht kommt, leuchtet sofort ein. Es ergibt sich aber auch unzweifelhaft aus § 986 Abs. 2 B.G.B., wo der Anspruch auf Herausgabe des § 931 erwähnt ist. Da nun § 986 unter dem Titel „Ansprüche aus dem Eigentum" steht, ist anzunehmen, daß auch der erwähnte Anspruch des § 931 ein Anspruch aus dem Eigentum und nicht aus dem Besitz ist.

Ein Teil der bisherigen Literatur ist auf das Wesen des Herausgabeanspruchs noch gar nicht eingegangen. So: Endemann: II. § 80. 3 c. Dernburg: B. R. III. § 102, I. 3. Dieselben charakterisieren den Anspruch überhaupt nicht näher. Achilles: S. 334. Cosack: II. § 199 I, 2. Fischer-Henle: Zu § 931. Gierke: a. a. O. S. 41 sprechen vorbehaltlos von Vindikationscession.

baren Besitzes des Veräußerers einer im Besitz eines Dritten befindlichen Sache das zwischen ihm und dem Dritten bestehende Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Dritte ihn als Eigentümer anerkenne, einen Ersatz für die ihm fehlende tatsächliche Gewalt biete. Es rechtfertige sich daher, die Abtretung des auf Grund des Rechtsverhältnisses dem Veräußerer zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Sache der Übergabe gleichzustellen. Aus praktischen Erwägungen wurde jedoch der zweite Antrag angenommen, daß in allen Fällen des Besitzes eines Dritten die Einigung und die Anspruchsabtretung zum Eigentumserwerb genügen solle.[40] Auf dieses Ergebnis nehmen die Protokolle gelegentlich der Revision der §§ 877, 879 des ersten Entwurfs in einer Weise Bezug, die obigen Ausführungen widerspricht. Hier heißt es, daß, falls der Veräußerer der Eigentümer ist, mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs das Eigentum übergehen solle, sowohl wenn der Veräußerer außer dem Eigentumsanspruch auch einen ihm auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses zustehenden obligatorischen Anspruch auf Herausgabe als auch dann, wenn er nur den Eigentumsanspruch abtrete.[41]

Wir gewinnen sonach auf Grund der Materialien für die Beantwortung unserer Frage nur nach einer Richtung hin einen Anhaltspunkt: Die Abtretung der Vindikation scheint in Verbindung mit der Einigung in allen Fällen zum Eigentumserwerb zu genügen. Daß dem in der Tat so ist, ergiebt sich auch unzweideutig aus dem Gesetz selbst. In § 986 Abs. 2 ist bestimmt, daß der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen kann, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Da nun § 986 unter dem Titel „Ansprüche aus dem Eigentum" steht und in dem unmittelbar vorhergehenden § 985 der Eigentumsanspruch festgelegt ist, ist es unzweifelhaft, daß auch der in § 986 Abs. 2 genannte Anspruch des § 931 ein Anspruch aus dem Eigentum und zwar der Eigentumsanspruch selbst ist.

---

[40] Prot.: III. S. 201 ff. Vergl. 194 ff. und 220.
[41] Prot.: III. S. 209.

Das so erworbene Eigentum steht aber auf schwachen Füßen; denn der Veräußerer kann das Recht des neuen Eigentümers dadurch vereiteln, daß er den ihm verbliebenen persönlichen Anspruch einem anderen gutgläubigen Erwerber überträgt, denselben dadurch gemäß § 870 zum mittelbaren Besitzer und gemäß § 934 — die Einigung vorausgesetzt — zum Eigentümer macht. Vielleicht war es diese Erkenntnis, die Planck[42] veranlaßt hat, über das Argument aus § 986 Abs. 2 wegzusehen und das Erfordernis aufzustellen, daß der Eigentümer zu einer vollwirksamen Übereignung die ihm jeweils in Betreff der Sache zustehende Macht, also im Falle des mittelbaren Besitzes den Eigentumsanspruch und den persönlichen Anspruch abtreten muß. Es ist Planck ohne weiteres zuzugeben, daß in diesem Falle die Position des Eigentümers eine wesentlich geschütztere ist und daß den Parteien nichts im Wege steht, dies jederzeit durch Abtretung beider Ansprüche zu erreichen. Aber dieselbe als vom Gesetz erfordert hinzustellen, scheint unseres Erachtens zu weit zu gehen. Eine Betrachtung des § 934 wird uns darüber belehren und uns gleichzeitig zeigen, daß sogar die Abtretung des persönlichen Anspruchs allein in Verbindung mit der Einigung zum Eigentumserwerb genügt. § 934 besagt, daß, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer ist, der gutgläubige Erwerber sofort mit der Anspruchsabtretung Eigentümer wird, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist. Ist dies nicht der Fall, so soll der Erwerber erst dann Eigentümer werden, wenn er die tatsächliche Gewalt, den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zu Grunde, daß der Erwerber im ersteren Fall mit der Abtretung des persönlichen Anspruchs eine wirkliche rechtliche Herrschaft über die Sache, den mittelbaren Besitz derselben erlangt, daß ihm die Sache gewissermaßen übergeben wird, im letzteren Falle dagegen der Veräußerer überhaupt keinen Anspruch hat, daher auch keinen Anspruch abtreten und dem Erwerber keinerlei Gewalt über die Sache übertragen kann.[43] Würden wir nun für den Fall, daß der Veräußerer Eigentümer der Sache ist, zu

[42] III: § 931,3a. Kober: § 931,3. Biermann: § 931. Kipp: Zusätze zu: I. § 172. S. 792. 793.

[43] Prot.: III. S. 210 ff. VI. 263. Heilwig: Verträge auf Leistung an Dritte. S. 513.

einer vollgültigen Übereignung die Abtretung sowohl des dinglichen als des persönlichen Anspruchs verlangen, so stünden wir vor dem merkwürdigen Ergebnis, daß man vom Nichteigentümer leichter Eigentum erwerben kann, als vom Eigentümer. Dies kann aber unmöglich im Sinne des Gesetzes liegen. Man könnte uns nun einwenden, die Vorschrift des § 934 sei in dem Satz „Hand muß Hand wahren" begründet. Ist der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer, so lasse das Gesetz deswegen das Eigentum erst mit dem Zeitpunkt der Erlangung der tatsächlichen Gewalt vom Dritten auf den Erwerber übergehen, weil erst in der Herausgabe der Sache gerade vom Dritten für den Erwerber eine genügende Bestärkung für seinen Glauben an das Eigentum des Veräußerers liege. Im Falle des mittelbaren Besitzes des Veräußerers liege die Sache anders. Hier werde der Glaube des Erwerbers an das Eigentum des Veräußerers bereits durch das zwischen dem Veräußerer und dem Dritten bestehende, den mittelbaren Besitz begründende Rechtsverhältnis genügend bestärkt.[44] Diese Begründung steht aber mit den elementarsten Regeln unseres Sachenrechts in Widerspruch. Das Gesetz erfordert zur Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen grundsätzlich zwei Momente: Einigung und Übergabe oder einen Ersatz der Übergabe. Als Ersatz der Übergabe sind vom Gesetzbuch traditio brevi manu, constitutum possessorium und Abtretung des Herausgabeanspruchs anerkannt (§ 929, S. 2; 930; 931). Wer nun im Falle des § 931 die Verschaffung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des persönlichen Herausgabeanspruchs nicht als vollgültigen Ersatz der Übergabe ansieht, vielmehr die Abtretung beider Ansprüche dazu verlangt, muß für den § 934, wo der Veräußerer nur einen und zwar den persönlichen Anspruch abtreten kann, folgerichtig zu dem Ergebnis gelangen, daß hier ein vollgültiger Ersatz der Übergabe, sonach eine Übergabe selbst, nicht erforderlich ist, vielmehr zum Eigentumserwerb Einigung und guter Glaube des Erwerbers genügt. Diese Folgerung ist aber zweifellos unrichtig. Sie würde geradezu einen Bruch mit dem Traditionsprinzip bedeuten.[45]

[44] Planck: Zu §§ 931. 934. Kober: ebenda.

[45] In unserem Sinne entscheiden: Neumann: § 931. 2b Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte S. 513. Argumentum aus § 934.

Wir gelangen daher zu dem Ergebnis, daß auch die Abtretung des persönlichen Anspruchs allein zu einer Übereignung nach § 931 genügend ist. Vergegenwärtigen wir uns einmal die Wirkungen derselben! Mit dem Übergang des persönlichen Anspruchs wird der Erwerber Eigentümer und der in der Hand des Veräußerers zurückbleibende Eigentumsanspruch erlischt. Trotzdem scheint die Gefahr nahe zu liegen, daß der Erwerber seines Rechtes dadurch verlustig gehe, daß der unredliche Veräußerer von dem Dritten, der von der Übereignung nichts weiß, vindiciert und die Sache zurückerlangt. Dem ist zunächst zu entgegnen, daß diese Gefahr nicht nur dann vorhanden ist, wenn der persönliche Anspruch allein abgetreten wird, sondern ebenso, wenn beide Ansprüche oder die Vindikation allein abgetreten werden, denn nichts hindert den unredlichen Veräußerer, die Eigentumsklage tatsächlich anzustellen. Sodann ist aber zu bedenken, daß der Veräußerer durch die Abtretung des persönlichen Anspruchs den mittelbaren Besitz auf den Erwerber übertragen hat und der Erwerber dadurch dem Veräußerer gegenüber ein Recht zum Besitz erlangt hat. Verklagt nunmehr der Veräußerer den Dritten, so ist dieser nach § 986 Abs. 1 Satz 1 berechtigt, die Herausgabe der Sache zu verweigern und indem er dies tut, erhält er dem Erwerber den mittelbaren Besitz.[46] Wir sehen also, daß auf diese Weise der Erwerber dem unredlichen Veräußerer gegenüber ebenso gesichert ist, als wenn ihm beide Ansprüche abgetreten worden wären.

Zum Schlusse wollen wir das Ergebnis unserer Untersuchungen für das neue Reichsrecht zusammenfassen wie folgt: Gegenstand der Abtretung nach § 931 B.G.B. ist der Eigentumsanspruch, in den Fällen des mittelbaren Besitzes des Veräußerers der Eigentumsanspruch oder der persönliche Anspruch aus dem den mittelbaren Besitz begründenden Rechtsverhältnis. Mit der Abtretung des Anspruchs wird der Erwerber Eigentümer. Mit dem

Neuburger: a. a. O. S. 43. Offenbar auch Strohal: a. a. O. S. 93. 94. Ferner: Bernhöft: Das bürgerliche Recht in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. S. 490.

[46] Strohal: a. a. O. S. 93.

Anspruch geht das um des Anspruchs willen bestehende Klagrecht auf den Erwerber über. Da aber der abgetretene Eigentumsanspruch im Augenblicke des Eigentumserwerbes erlischt, geht auch das seinetwillen bestehende Klagrecht unter. Der Erwerber erwirbt mit dem Eigentum einen „eigenen" Eigentumsanspruch, dessentwillen ein neues Klagrecht entsteht.

Mit dem im Falle der Abtretung des persönlichen Anspruchs beim Veräußerer verbleibenden Eigentumsanspruch erlischt im Augenblicke des Eigentumserwerbs das seinetwegen bestehende Klagrecht.

Wie sich die Rechtsverhältnisse gestalten, wenn die Parteien beide Ansprüche veräußern und erwerben, ergiebt sich aus dem oben Gesagten.

II. Rechtliche Stellung der Beteiligten.

§ 6. Nach Pandektenrecht.

Nachdem wir festgestellt haben, was Gegenstand der Cession ist, wollen wir die Rechtsverhältnisse erörtern, welche sich an die Cession des Eigentumsanspruchs knüpfen. Wir werden auch hier unserer alten Gewohnheit folgen und das Pandektenrecht voranstellen. Dieses Verfahren dürfte sich um so mehr rechtfertigen, als das Pandektenrecht mit seinen Streitfragen den größten und interessantesten Teil unserer folgenden Darstellung ausmachen wird, denn nach dem B.G.B. liegt die Sache so einfach und klar, daß sich weitläufige Erörterungen erübrigen. Es wird nun im Folgenden zunächst eine Charakteristik des Rechtes des Cessionars gegeben, sodann betrachten wir die Rechtsschicksale desselben und beantworten schließlich die Frage, wann der Cessionar Eigentümer der Sache wird.

Nach dem, was wir über die Cession und das Wesen der dinglichen Ansprüche gesagt haben, konnten wir unseren Standpunkt dahin kennzeichnen, daß der Cessionar sofort mit der Cession alleiniger Anspruchsberechtigter wird, daß eine Sondernachfolge in den vom dinglichen Rechte losgelösten Anspruch stattfindet. Wir haben diese Ansicht bereits einmal verteidigt, als man uns einwandte, der Anspruch sei Ausfluß des Rechts und könne ohne das Recht nur der Ausübung nach übertragen, nicht aber vom Rechte losgelöst werden. Jetzt haben wir sie nach einer anderen Richtung hin zu decken. Zu diesem Zwecke müssen wir aber einen Streitpunkt aus dem Gebiete der Forderungscession erörtern, den wir oben nur ganz kurz berührt haben.

Im gemeinen Recht war es sehr bestritten, mit welchem Zeitpunkt der Cedent seines Forderungsrechts endgültig verlustig ging. Die herrschende[1] Meinung nahm an, daß dies erst mit der Denuntiation der Fall war und lehrte einerseits,[2] daß bis zur Denuntiation der Cedent Alleingläubiger war, andererseits,[3] daß in dem Zwischenstadium zwischen Cession und Denuntiation Cedent und Cessionar gewissermaßen Korrealgläubiger waren. Sie stützte sich dabei hauptsächlich auf die l. 3. C. 8. 41 von Kaiser Gordianus aus dem Jahre 239 n. Chr.

„Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere."[4]

An dieser Stelle sei geradezu ausgesprochen, daß der ursprüngliche Gläubiger bis zur Denuntiation das Recht — non vetaris — behalte, die Forderung einzuziehen.

Dagegen hat sich, wohl auf die Autorität Bährs[5] hin, die Erkenntnis immer mehr Bahn gebrochen, daß der bisherige Gläubiger sofort nach der Übertragung der Forderung kein Recht mehr zum Fordern hat, daß vielmehr lediglich der Schuldner das Recht hat, sich auf die dem Gläubiger in Unkenntnis der geschehenen Übertragung gemachte Leistung, sowie auf andere mit dem Schuldner gepflogene Befreiungsverhandlungen, dem neuen Erwerber der Forderung gegenüber zu berufen. Dieser Ansicht steht unseres Erachtens auch die l. 3. C. 8. 41 in keiner Weise entgegen. Die Worte „non vetaris" sind eben dahin zu interpretieren, daß der Gläubiger die faktische Möglichkeit behält, die Forderung einzuziehen. Wenn die Gegner[6] behaupten, eine derartige

[1] Mühlenbruch: S. 491. 501. Puchta: S. 482. Sintenis: II. S. 810. Attenhofer: S. 326 ff. XVI; 544 ff. XVII; 159. XVIII. Wendt: Pandekten: S. 216. Windscheid: II. § 331 A. 8. Seuff. Arch. Bd. 32. Nr. 128. Bd. 33. Nr. 15.

[2] Windscheid: Actio: S. 140 ff. 190 ff.

[3] Die herrschende Meinung, vergl. A. 1.

[4] Vergl. auch: l. 23 § 1 D. 18.4.

[5] a. a. O. S. 369 ff.

[6] Statt aller: Windscheid: II. § 331 A. 8.

Auslegung sei willkürlich, so können wir ihnen mit demselben Rechte entgegnen, daß beim Fehlen eines unzweideutigen Quellenausspruchs ihre Auslegung ebenso willkürlich erscheint. Wesentlich unterstützt werden aber unsere Behauptungen durch die l. 3. C. 4. 35:[7]

„Si pater tuus tibi sui iuris constituto actionem adversus debitores suos mandavit, potuit ipse praesens adversus eos re integra experiri. si qui et itaque ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur."

Hier ist von einem Rechte des Cedenten nach der Cession keine Rede mehr, es ist lediglich der Gedanke ausgesprochen, daß vernünftigerweise der von der Cession nichtswissende, der gutgläubige Schuldner geschützt werden müsse.

Die Denuntiation ist sonach nichts anderes, als ein auf praktisch-sachgemäßen Gründen beruhendes Verfahren, das mit dem Rechtserwerbe des Cessionars nichts zu tun hat, sondern lediglich dazu dient, einerseits den gutgläubigen Schuldner gegen den unredlichen Cedenten, andererseits den Cessionar gegen den unredlichen Schuldner zu schützen.[8]

Auf die Streitfrage über das Wesen der Denuntiation gehen in ihren Grundzügen die Ansichten der gemeinrechtlichen Literatur über das Recht des Cessionars des Eigentumsanspruchs zurück.

In Übereinstimmung mit der von uns vertretenen Ansicht spricht sich für das sofortige feste Recht des Cessionars von der Cession an Attenhofer[9] aus, welcher auf dem zutreffenden Standpunkt steht, daß der Cessionar des dinglichen Anspruchs ebenso wie der Cessionar einer Forderung mit dem Augenblick der Cession Singularsuccessor des Cedenten geworden ist. Auch Zimmermann[10] spricht selbstverständlich dem Cessionar sofort ein festes Recht zu, denn derselbe hat ja ein dominium utile, nicht nur den Eigentumsanspruch utiliter erlangt.

---

[7] Vergl. auch: l. 4. C. 8. 16.

[8] In diesem Sinne wohl auch: v. Salpius: Novation und Delegation. S. 419. 420. Schmid: II. S. 296 f, dessen Ausführungen über die Beseitigung der l. 3. C. 8. 41 (S. 211 f. 435) sehr interessant sind. Brinz: II. S. 394. Dernburg: II. § 48. Weitere Literatur vergleiche bei Windscheid: II. § 331 A. 8.

[9] S. 238. 240—242.

[10] S. 110. 111.

Pagenstecher[11] und Schmid[12] stimmen mit uns im Ergebnis überein. Nach Pagenstecher ist das „Eigentumsklagerecht" — „der Anspruch" — dem Cessionar vom Cedenten wie ein dingliches Recht an fremder Sache bestellt und nach Schmid hebt die utilis in rem actio die directa des Cedenten ihrem ganzen Umfange nach ope exceptionis auf. Schließlich gehören zu dieser Gruppe noch Stampe[13] und aus der Praxis die Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Celle von 1871[14] und des Reichsgerichts von 1880 und 1885.[15]

Die zweite Ansicht, nach welcher der Cessionar den Eigentumsanspruch erst durch die Denuntiation erwirbt, findet ihren schärfsten und gründlichsten Ausdruck bei Windscheid. In der „Actio"[16] erklärt er seine Theorie hinsichtlich der Forderungscession auch auf die Cession des Eigentumsanspruches für anwendbar. „Der Cessionar — so heißt es hier — erwirbt nicht durch die Cession selbst schon den Eigentumsanspruch unverbringlich, sondern zu diesem Zwecke muß ein anderes hinzukommen, die Inbesitznahme des Anspruchs durch den Cessionar — die Denuntiation." Bis zur Denuntiation ist sonach der Eigentümer noch alleiniger Anspruchsberechtigter. In seinen Pandekten[17] hat Windscheid seine Ansicht, wie hinsichtlich der Forderungscession, so auch hinsichtlich der Cession des Eigentumsanspruchs geändert. Der Erwerber wird nunmehr sofort mit der Cession Anspruchsberechtigter, der Eigentümer wird aber erst durch „Ergreifung" des Anspruchs von Seiten des Erwerbers dem Besitzer genüber ausgeschlossen. Wie Cedent und Cessionar bei der Forderungscession, so sind auch hier Eigentümer und Erwerber bis zur Denuntiation gewissermaßen Korrealgläubiger.

Mit dieser neueren Windscheid'schen Ansicht stimmen im wesentlichen Bekker, Sintenis und Goldschmidt überein.[18]

---

[11] S. 38.
[12] I. S. 339.
[13] S. 412.
[14] Seuff. Arch. Bd. 26. Nr. 25.
[15] R. G. III. Senat 1880. (Seuff. Arch. Bd. 36. Nr. 25.) — I. und V. Senat 1885. (Bolze Bd. 1. Nr. 856 und 859.)
[16] S. 220. 221.
[17] II. § 337 A. 3.
[18] Citate bei Stampe: S. 341. — Auch v. Schey: a. a. O. S. 219. und Carvayal: a. a. O. S. 17, 20 belassen dem Cedenten das Klagrecht bis zur Denuntiation.

Eine dritte Ansicht, deren Hauptvertreter Rudolph von Ihering[19] ist, gewährt dem Cessionar ein festes Recht frühestens mit der Klageerhebung gegen den Besitzer. Ihering, welcher für das Recht der Forderungen der Theorie Windscheids grundsätzlich huldigt,[20] will nämlich die Denuntiation mit ihren Wirkungen bei der Cession des Eigentumsanspruches nicht zulassen. Zur Begründung führt er an, die Denuntiation sei nur ein bei der Cession der Forderungen gebotenes und nur dieser einzelnen Art der Cession eigentümliches Sicherungsmittel. Sie sei keine Konsequenz des reinen Cessionsbegriffes, sondern eine Abweichung von demselben. Bei der Cession der Forderungen sei diese Abweichung durch den Zweck der Cession geboten. Die Cession solle praktisch die Übertragung der Forderung bewirken, deshalb bedürfe es einer Sicherung des Cessionars gegen die ferneren Verfügungen des Cedenten. Bei den dinglichen Ansprüchen, insbesondere beim Eigentumsanspruch liege die Sache anders. Hier sei der Verkehr nicht ausschließlich auf die Cession angewiesen, er habe Tradition und andere Übertragungsmittel zur Verfügung. Daher liege hier kein Bedürfnis vor, den indirekten Weg der Übertragung, die Cession, besonders zu ebnen durch Hineintragen eines Begriffs, der an sich mit dem Begriffe Cession nicht gegeben sei. Auch der Zweck der Denuntiation lasse sich bei den dinglichen Ansprüchen nicht erreichen, da das Verhältnis zwischen Klage (Anspruch) und Recht hier ein ganz anderes sei, wie bei der Forderung. Mit der Denuntiation werde der Cedent einer Forderung praktisch seines Rechts beraubt. „Gesetzt den Fall aber, daß die Denuntiation bei der Cession des Eigentumsanspruchs zulässig sei, so wäre zwar der Eigentümer dem jetzigen Besitzer gegenüber ausgeschlossen, aber wie wäre es, wenn die Sache ohne Schuld des Besitzers in fremde Hände kommt," oder der Eigentümer die Sache verpfändet?"[21]

Dem ersten Bedenken Iherings wäre zu entgegnen, daß bei der Übertragung dinglicher Rechte der Verkehr allerdings nicht wie bei den Forderungen ausschließlich auf den indirekten Weg der Anspruchsabtretung angewiesen ist, daß

[19] S. 110 ff. 116.
[20] S. 110. 111.
[21] Ihering: S. 113—115.

jedoch für den Fall des Nichtbesitzes des Eigentümers die Cession auch hier das einzige Übertragungsmittel bildet. Wir haben in der Einleitung die Bedeutung dieser Fälle bereits erörtert und hervorgehoben, daß die Vindikationscession manchmal geradezu praktisch unentbehrlich ist. Für diese Fälle, in denen sie als ausschließlicher Ersatz der unmöglichen Tradition fungiert, bedarf sie aber ebenso sehr der Vervollkommnung durch die Denuntiation, wie die Cession der Forderungen, wenn der Zweck des Rechtsgeschäfts auch nur einigermaßen erreicht werden soll. Aber auch das weitere Bedenken Iherings, daß, wenn die Sache ohne Schuld des Besitzers in die Hand eines Dritten gelangt, der Cessionar diesem neuen Besitzer gegenüber, der nichts von der Denuntiation weiß, nicht geschützt wäre, ist nicht so erheblich, daß es uns von der Unzulässigkeit der Denuntiation bei der Cession der dinglichen Ansprüche überzeugen könnte. In der Regel werden sich bei einer zwecks eigenen Eigentumserwerbs vorgenommenen Übertragung des Eigentumsanspruchs sämtliche Rechtsvorgänge zwischen den von Anfang an Beteiligten, dem Cedent, dem Cessionar und dem ursprünglichen Besitzer abspielen. Verschulden des Cedenten oder Verlust des Besitzes der Sache auf Seiten des Besitzers werden doch immer nur die Ausnahme bilden. Ist daher dem ursprünglichen Besitzer denunziert, so wird dies in der Regel den Cessionar hinlänglich schützen. Was schließlich das allgemeine Bedenken Iherings anlangt, die Denuntiation sei eine nur für die Forderungscession gegebene Abweichung vom reinen Cessionsbegriff, so kann auch dieses nicht geteilt werden. Wir haben bereits oben nachgewiesen, daß die Denuntiation nichts als ein auf praktisch-sachgemäßen Erwägungen beruhendes Verfahren ist, welches die Unkenntnis des Dritten von der Cession beseitigen soll. Dieses Verfahren ist aber bei der Cession der dinglichen Ansprüche ebenso nötig, wie bei der Forderungscession. Es ist keine Abweichung vom reinen Cessionsbegriff, sondern ein beiden Cessionsarten gemeinsames Sicherungsmittel. In diesem Sinne hat denn auch die gemeinrechtliche Literatur fast einstimmig die Zulässigkeit der Denuntiation bei der Vindikationscession ausgesprochen und auch die Praxis hat sich dieser Ansicht angeschlossen.[22]

[22] Statt Aller: Windscheid: II. § 337 A. 4. O. A. G. Celle 1871: Seuff. Arch. Bd. 26. Nr. 25.

Die Denuntiation kann selbstverständlich formlos geschehen. Sie kann vom Cessionar oder vom Cedenten ausgehen, es sei denn, daß man mit Windscheid der Ansicht ist, daß die Denuntiation Besitzergreifungsakt ist; dann ist nur der Cessionar dazu legitimiert.

Was endlich die Wirkungen der Denuntiation anlangt, so lassen sich dieselben kurz folgendermaßen zusammenfassen: Der Cessionar erwirbt den Eigentumsanspruch mit der Cession. Von da ab hat der Eigentümer nicht mehr die rechtliche,[23] wohl aber die tatsächliche Möglichkeit, den Anspruch des Cessionars zu vereiteln, indem er entweder selbst vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangt oder den Besitzer anweist, die Sache an einen Dritten herauszugeben. Läßt sich der Besitzer auf die Klage des Eigentümers ein, oder leistet er den Anweisungen desselben Folge, so wird er durch seine Rechtshandlungen befreit, solange ihm noch nicht denunziert ist. Ist ihm dagegen denunziert, so haftet er dem Cessionar „quia dolo desiit possidere" als „fictus possessor" auf den Sachwert,[24] wenn er sich seines Besitzes entäußert.

An dieser Stelle wäre auch die Frage zu erörtern, wie es denn um die Rechte des Cessionars bestellt ist, wenn der Eigentümer, wie dies ja tatsächlich wohl möglich ist, den Eigentumsanspruch nochmals cediert. Die Frage war für das Recht der Forderungen sehr bestritten.[25] Nach der einen Ansicht ging der zweite Erwerber vor, wenn er dem Schuldner zuerst denunziert hatte,[26] nach der anderen und wohl richtigen Ansicht hatte der erste Cessionar auch dann den Vorzug, wenn er später als der zweite denunzierte.[27] Der Grund hierfür liegt in dem einfachen Satz, daß niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat. Der Übertragende hatte aber nach der ersten Übertragung schon kein Forderungsrecht und damit keine Befugnis mehr, den Erwerber durch

---

[23] Vergl. dagegen Windscheid: II. § 331 A. 8.

[24] l. 27. § 3. D. 6,1. Windscheid: I. § 193 A. 8, woselbst Ausführlicheres zu finden ist.

[25] Statt Aller: Dernburg: II. § 48. S. 138. Windscheid: II. § 331 A. 10 und die daselbst cit. Lit. — Der Streit wurzelt auch wieder in dem Verhältnis von Cession und Denuntiation.

[26] Z. B. Wendt: Pandekten § 216. Windscheid: Actio S. 190.

[27] Dernburg: II. § 48. S. 138. Windscheid: II. § 331 Anm. 10.

Anzeige an den Schuldner auszuschließen. Dies dürfte analog auf die Cession des Eigentumsanspruches anzuwenden sein. Die Sachlage ist alsdann folgende: Überträgt der Eigentümer den Eigentumsanspruch einem zweiten Erwerber, so wird derselbe zwar nicht Anspruchsberechtigter, denunziert er aber vor dem ersten Erwerber dem Besitzer, so wird der gutgläubige Besitzer durch Herausgabe der Sache an den zweiten Erwerber frei. Hatte dagegen der erste Erwerber schon denunziert, so hat die Denuntiation des zweiten keine Bedeutung mehr. Freilich kann auch jetzt noch der unredliche Besitzer den ersten Erwerber praktisch seines Rechts berauben, indem er dem zweiten herausgibt. Doch haftet er dem ersten Erwerber in diesem Falle als „fictus possessor", eine Haftung, die einem zahlungsunfähigen Besitzer gegenüber allerdings illusorisch ist.

Bevor wir einen Schritt weitergehen, wollen wir noch einer von Windscheid in der „Actio" ausgesprochenen Ansicht gedenken. Windscheid lehrte daselbst,[28] der Cedent könne vor der Denuntiation sogar durch einfachen Widerruf die dem Cessionar gemachte „Verleihung" zurücknehmen. Diese Lehre ist das Ergebnis der von Windscheid in der „Actio" verteidigten Ansicht, daß der Cedent bis zur Denuntiation Alleingläubiger ist. Abgesehen davon, daß wir diese Ansicht schon aus den angeführten allgemeinen Gründen nicht teilen können, ergiebt sich unseres Erachtens die Unhaltbarkeit der Windscheid'schen Lehre aus der einfachen Wahrheit, daß sowohl die Cession der Forderungen, als auch die Cession der dinglichen Ansprüche über den Mandatsstandpunkt hinausgekommen und somit auch von den besonderen Endigungsgründen des Mandats, insbesondere von einseitigem Widerruf unabhängig geworden ist.[29] In seinen Pandekten[30] hat Windscheid, wie des öfteren schon erwähnt, seine alte Anschauung aufgegeben und sich der herrschenden Meinung angeschlossen. Er läßt nunmehr auch den einseitigen Widerruf ohne Einfluß auf das Recht des Cessionars sein.

Wir haben im Vorstehenden den Einfluß geschildert, den Tatsachen auf das Recht des Cessionars ausüben, welche

[28] S. 220.
[29] l. 9 C. l. 39.
[30] II. § 331 A. 8.

den Anspruch betreffen. Bei einer Betrachtung der Forderungscession hätten wir damit unsere Aufgabe so ziemlich erfüllt, denn Forderung und Anspruch sind in einander aufgehende Begriffe; ist der Anspruch auf den Cessionar übergegangen, so verbleibt, sofern man nicht überhaupt eine Sondernachfolge in das Recht selbst annimmt, dem Cedenten nur ein nudum ius. Anders bei der Übertragung des Eigentumsanspruchs. Der Cedent, der sich seines Eigentumsanspruchs begeben hat, hält in seiner Hand das Eigentum selbst zurück, er ist nur um ein Angriffsmittel ärmer geworden. Daß dieser Umstand für das Recht des Cessionars von größter Bedeutung ist und ihn im Verhältnis zum Cessionar einer Forderung bei weitem ungünstiger stellt, liegt auf der Hand. Wir haben zwar oben[31] nachgewiesen, daß der aus der Verletzung des Eigentums entstandene Eigentumsanspruch eine gewisse Selbständigkeit genießt, daß er nicht wie die Ansprüche gegen Jedermann in ihrer Gesamtheit das Wesen des Eigentums ausmacht, sondern neben das seinem Inhalt nach ganz anders geartete dingliche Recht tritt. Aber dennoch ist daran festzuhalten, daß er doch immer nur eine Erscheinungsform des dinglichen Rechts ist und begrifflich das — besitzlose — Eigentum voraussetzt.[32] Verliert daher der Cedent aus irgend einem Grunde sein Eigentum, so erlischt auch der auf den Cessionar übergegangene Eigentumsanspruch. Man denke an den Fall der Ersitzung.[33] In dem Augenblick, in welchem sich die Ersitzung zu Gunsten des Besitzers vollendet hat, ist auch der Anspruch des Cessionars untergegangen. Ja, er wäre, da Besitz und Eigentum wieder in einer Hand vereinigt sind, geradezu zur begrifflichen Unmöglichkeit geworden.

Sehr bestritten war in der gemeinrechtlichen Literatur die Frage, welchen Einfluß es auf das Recht des Cessionars hat, wenn auf Seiten des Cedenten eine Rechtsnachfolge in das Eigentumsrecht stattfindet. Rudolph v. Ihering verwirft jede dingliche Haftung der Rechtsnachfolger, denn mit dem Eigentum, das der Cedent übertragen habe, sei auch die rei

[31] § 3.
[32] Windscheid: II. § 337 A. 8.
[33] Es ist allerdings bestritten, ob die Ersitzung Rechtsverlust und Neuerwerb des Rechtes, oder ob sie Rechtsnachfolge ist. Windscheid: I. § 64 A. 5.

vindicatio weggefallen und da die Klage nicht mehr existiere, könne auch von einer Anstellung derselben durch den Cessionar keine Rede mehr sein.[34] Ähnlicher Ansicht ist Kohler,[35] welcher ausführt, daß der vom Rechte des Cedenten losgelöste Anspruch nur solange wirken könne, solange der Loslöser selbst Eigentümer sei, aber nicht mehr, wenn ein Dritter Eigentümer geworden ist. Denn mit dem Eigentum des Cedenten sei auch der übertragene Anspruch erloschen und aus dem Eigentum eines Nachfolgers ein neuer Anspruch erwachsen, welcher dem Cessionar nicht übertragen worden sei und nicht übertragen worden sein könne. Schmid[36] dagegen gibt dem Cessionar die utilis in rem actio besonders auf Grund der l. 4. § 27—31 de doli exceptione 44,4 gegen alle diejenigen Sondernachfolger, die Teilnehmer an dem dolus des Auktor gewesen sind oder ihren Erwerb auf Pfandrecht oder eine causa lucrativa stützen. Windscheid läßt demjenigen Cessionar, dem der dingliche Anspruch zum Zwecke des Erwerbes des dinglichen Rechts abgetreten ist, sämtliche Rechtsnachfolger unbedingt haften nach Analogie der exceptio rei venditae et traditae.[37] Zimmermann,[38] Pagenstecher[39] und Bekker[40] lassen sämtliche Rechtsnachfolger in allen Fällen unbedingt haften.

Die Frage läßt sich unseres Erachtens aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen beantworten. Die Rechtsnachfolge bedeutet nicht einen Untergang des Rechtes des Rechtsvorgängers und das Neuerstehen des Rechts des Rechtsnachfolgers, sondern das Recht bleibt dasselbe, es tritt nur an die Stelle des bisherigen Subjektes ein anderes Subjekt.[41] Was für das erstere

---

[34] Ihering: a. a. a. O. S. 110. Die Ansicht geht darauf zurück, daß nicht der Anspruch selbst, sondern nur die Ausübung desselben übertragen wird.

[35] Patentrecht: S. 474 und in Grünhut: Bd. 14. S. 12—13.

[36] Schmid: II. S. 332 f. A. 21—25.

[37] Windscheid: II. § 337 A. 9.

[38] S. 110. 111.

[39] S. 37. 38.

[40] S. 207.

[41] Windscheid: I. § 64 A. 6 und die dort cit. Lit. Gegen Windscheid: Bierling: Kritik: II. S. 94, woselbst er lehrt, das Subjekt sei etwas zum Wesen des Rechts gehöriges und durch den Wegfall des Subjektes werde auch das Recht ein anderes. Diese Lehre bedeutet einen Rückfall in das römische Recht („iuris vinculum") und die Anschauungen Mühlenbruchs.

wahr gewesen, ist auch für das letztere wahr, oder anders ausgedrückt: Die von der Rechtsordnung erlassenen Imperative wirken fortan nicht mehr zu Gunsten des Rechtsvorgängers, sondern zu Gunsten des Rechtsnachfolgers. Ein Rechtsbefehl aber, der schon zu Gunsten des Rechtsvorgängers nicht mehr wirkte, wie im vorliegenden Fall der Befehl an den Besitzer: „Du sollst die Sache herausgeben", kann selbstverständlich auch nicht für den Rechtsnachfolger wirken. Mit anderen Worten: Das Eigentum des Cedenten geht ohne den Eigentumsanspruch auf den Rechtsnachfolger über. Der Cessionar bleibt daher — theoretisch betrachtet — auch im Verhältnis zu den Rechtsnachfolgern des Cedenten dinglich anspruchsberechtigt. Praktisch freilich ist diese dingliche Berechtigung nicht ausnahmslos durchführbar. Man denke doch nur an die Fälle, in denen der Besitzer selbst Rechtsnachfolger des Cedenten wird, indem er z. B. durch Erbgang oder durch traditio brevi manu das Eigentum an der Sache erwirbt. Hier ist der Eigentumsanspruch des Cessionars schlechterdings undurchführbar. Ja, wir müssen noch einen Schritt weiter gehen und sagen, daß er ebenso wie im Falle der Ersitzung der Sache durch den Besitzer im Augenblicke des Eigentumserwerbs desselben untergeht, da sich Besitz und Eigentum in einer Hand vereinigt haben. Der Cessionar ist hier auf obligatorische Ansprüche angewiesen. Und zwar haftet ihm im Falle der Erbfolge der Besitzer grundsätzlich als Erbe aus der causa cessionis, aus welcher sich unter Umständen eine Verpflichtung zur Herausgabe der Sache ergeben kann. Im Falle der Übereignung durch traditio brevi manu ist der Cedent dem Cessionar schadensersatzpflichtig und zwar haftet er ihm wegen dolus ex ipsa cessione,[42] sonst aus der causa cessionis. Daneben ist zu unterscheiden, ob die Übereignung vor oder nach der Denuntiation stattgefunden hat. Hat sie vor der Denuntiation stattgefunden, so ist ein Anspruch gegen den Besitzer nicht begründet; nach der Denuntiation dagegen darf sich der Besitzer auf einen Übereignungsvertrag mit dem Cedenten nicht mehr einlassen. Tut er dies dennoch, so hindert es zwar seinen dinglichen Rechtserwerb nicht, er wird aber ähnlich demjenigen, „qui dolo desiit possidere" dem Cessionar haftbar.

[42] Ihering: S. 117—118. Ebenso: Carvayal: S. 20.

Als weitere Fälle von Sondernachfolge unter Lebenden wären die zu erörtern, wo der Eigentümer den Besitzer anweist, die Sache einem Dritten, dem er Eigentum übertragen will, herauszugeben, oder wo der Eigentümer selbst die vindicierte Sache an einen Dritten durch traditio übereignet. Auch hier erwirbt der Dritte das dingliche Recht; der cedierte Eigentumsanspruch gegen den ersten Besitzer geht als solcher in dem Augenblicke unter, in welchem dieser den Besitz der Sache aufgibt. Cedent und Besitzer sind aber dem Cessionar nach dem oben Gesagten ersatzpflichtig. Eine Haftung des neuen Eigentümers dagegen dürfte nur in den Fällen des dolus zu statuieren sein.

Wir haben gesehen, daß der dingliche Anspruch des Cessionars erlischt, wenn der Cedent sein Eigentumsrecht verliert, wenn es auf den Besitzer selbst übergeht, oder wenn es der Cedent unter Lebenden auf eine dritte Person überträgt. Wir wollen jetzt die Frage beantworten, wie es denn um die Berechtigung des Cessionars bestellt ist, wenn der erste oder der zweite Besitzer nicht das Eigentum, sondern ein anderes dingliches Recht an der Sache erwirbt, oder wenn die Sache mit oder ohne Verschulden des ersten Besitzers in die Hände eines zweiten Besitzers gelangt, ohne daß dieser ein dingliches Recht erwirbt.

Wenn der erste Besitzer ein dingliches Recht, z. B. ein Pfandrecht an der Sache erwirbt, so bleibt der Cessionar dinglich anspruchsberechtigt, seinem Anspruch steht aber die Einrede des Pfandrechts entgegen. Anders dagegen, wenn die Sache in die Hände eines zweiten Besitzers gelangt, sei es, daß dieser ein dingliches Recht erwirbt, sei es, daß er bloßen Besitz erlangt. Gegen ihn steht dem Cessionar kein dinglicher Anspruch zu. Denn Gegenstand der Cession war der Anspruch gegen den ersten, nicht der gegen den zweiten Besitzer. Der Anspruch[43] gegen den ersten Besitzer ist aber in dem Augenblick erloschen, in dem dieser aufghört hat, Besitzer zu sein. Hier ist nun in der gemeinrechtlichen Literatur die Frage aufgeworfen worden, ob nicht der Eigentümer von vornherein seinen Eigentumsanspruch wie gegen den gegenwärtigen, so auch gegen alle zukünftigen Besitzer abtreten könne. Wer

[43] Als Anspruch auf Herausgabe: vergl. A. 24.

die Frage bejaht, verbessert die Stellung des Cessionars erheblich; denn derselbe ist fortan auch gegen spätere Besitzer der Sache grundsätzlich dinglich anspruchsberechtigt. Die Antwort hängt davon ab, ob man die Cession zukünftiger dinglicher Ansprüche — d. h. solcher, bei denen noch nicht einmal der Grund gelegt ist — zuläßt oder nicht. Wir wollen auch hier vorerst untersuchen, wie man diesen Punkt bei der Cession der Forderungen geregelt hat. Die Zulässigkeit der Cession zukünftiger Forderungen war für das gemeine Recht zumeist anerkannt.[44] doch mußte man zugeben, daß sich aus den Quellen ein zwingender Beweis für dieselbe nicht erbringen ließ. Man stützte sich zumeist auf die l. 9. C. 8. 16:[45]

„Si quis in cuiuscumque contractus instrumento ea verba posuerit: „fide et periculo rerum ad me pertinentium" vel „per earum exactionem satis fieri tibi permitto", sufficere ea verba ad rerum tam earum quas in praesenti debitor habet quam futuram hypothecam, nec ex prioribus sanctionibus minus habere speciali hypothecae memoria videri, cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut et, si „res suas" supponere debitor dixerit, non adiecto „tam praesentes quam futuras", ius tamen generalis hypothecae et iam ad futuras res producatur."

Hier ist die Zulässigkeit der Verpfändung des künftigen Vermögens, also auch der zukünftig zu erwerbenden Forderungen anerkannt. Da nun aber die Verpfändung von Forderungen nichts anderes ist, als eine zu Pfandzwecken vorgenommene Cession, so schloß man aus dieser Stelle auf die Zulässigkeit der Cession künftiger Forderungen im Allgemeinen. Schließt man sich nun dieser Ansicht für das Recht der Forderungen an, so steht im Hinblick auf das früher Ausgeführte[46] nichts im Wege, auch für die Zulässigkeit der Cession künftiger dinglicher Ansprüche und damit der Abtretung des Eigentumsanspruchs auch gegen die späteren Besitzer grundsätzlich einzutreten, zumal dieselbe einem dringenden prak-

[44] Dernburg: II. § 50. Windscheid: II. § 335 A. 12 und die dort cit. Lit.

[45] Vergl. auch l. 3. C. 8. 53.

[46] Vergl.: l. 9. C. 4. 39.

tischen Bedürfnis entspricht. Man denke an den Fall, daß die Sache ohne Verschulden des Cedenten und des Besitzers in die Hand eines zweiten Besitzers gelangt. Würde man hier dem Cessionar grundsätzlich den dinglichen Anspruch gegen denselben versagen, so wäre er in vielen Fällen seines Rechtes beraubt. Daß ein derartiges Ergebnis nicht im Sinne der Beteiligten ist, liegt auf der Hand. Der Cedent, welcher dem Cessionar den Eigentumsanspruch zwecks eigenen Rechtserwerbes cediert, will die gesamte ihm in Ansehung der Sache zustehende Macht übertragen, der Cessionar dagegen die Berechtigung erwerben, gegen Jeden, welcher nach erfolgter Cession der Ausübung des Eigentumsrechts hinderlich ist, dinglich vorgehen zu können.[47] Diese Möglichkeit den Beteiligten abzuschneiden, geht nicht an. Dagegen ist die weitere Folgerung, daß die Cession der Vindikation schlechthin immer und überall eine Cession aller eventuellen rei vindicationes in sich schließe,[48] in dieser Allgemeinheit etwas bedenklich. Die Quellenstelle, mit welcher man sie zu rechtfertigen suchte, ist die vielumstrittene l. 63 D. de rei vind. 6. 1, wo Papinian die cedierte rei vindicatio durchdringen lasse: „quolibet alio possidente". Wir werden im Folgenden sehen, daß gerade dieser Stelle die bestrittenste in der Lehre von der Cession der rei vindicatio ist und daher mit äußerster Vorsicht benutzt werden muß. Die Frage, ob auch der Eigentumsanspruch gegen einen späteren Besitzer mit abgetreten werden sollte, ist vielmehr von Fall zu Fall zu entscheiden. Oft wird sich der Wille der Parteien aus der causa cessionis ergeben. So wird z. B. beim Kauf eine engherzige Auslegung des Parteiwillens zu vermeiden sein. Man kann hier vielmehr unseres Erachtens zugeben, daß der Cessionar berechtigt ist, gegen denjenigen späteren Besitzer der Sache vorzugehen, welcher den Besitz ohne Wissen und Willen des Cedenten erlangt hat. Anders liegt die Sache, wenn der Eigentümer einem späteren Besitzer ein dingliches Recht an der Sache, z. B. ein Pfandrecht einräumt, das mit den Interessen des Cessionars in Widerspruch steht. Hier ist der Wille des

[47] Bekker: a. a. O. S. 207.

[48] R. G. 1880. In Seuff. Arch. Bd. 36. Nr. 25. O. A. G. Berlin (29. 5. 1872). In Seuff. Arch. Bd. 27. Nr. 19. Vergl. auch: Philipp: a. a. O. S. 18.

Eigentümers, mit der rei vindicatio gegen den ersten Besitzer alle eventuellen rei vindicationes zu cedieren, unseres Erachtens nicht ohne weiteres zu unterstellen. Beweist doch gerade die Vornahme einer derartigen Verfügung nach der zwecks Vermittelung von Eigentumserwerb erfolgten Abtretung des Eigentumsanspruchs, daß es dem Eigentümer mit seinem Willen, sich jeder Macht über die Sache zu begeben, nicht allzu ernst war. Der Cessionar mag sich in diesem Falle an den Cedenten und an den früheren Besitzer halten!

Hat man die Möglichkeit zugegeben, daß der Cedent dem Cessionar auch die gegen spätere Besitzer entstehenden Eigentumsansprüche abtreten kann, so entsteht die weitere Frage, ob der Cessionar in diesem Falle auch einen Eigentumsanspruch gegen den Cedenten selbst erwirbt, falls dieser wieder in den Besitz der Sache gelangt. Hiermit betreten wir das bestrittenste Gebiet unserer Lehre. — Die Mehrzahl der Bearbeiter derselben, so unbedingt: Bähr,[49] Zimmermann,[50] Pagenstecher,[51] Bekker,[52] Schmid,[53] Goldschmidt,[54] Kohler,[55] Attenhofer,[56] Dernburg,[57] hat sich für die Zuständigkeit einer rei vindicatio gegen den Cedenten ausgesprochen und auch das Reichsgericht ist in der schon mehrfach erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 1880 dieser Ansicht beigetreten. Jüngst wird sie wieder von Stampe[58] vertreten.[59] Zur Begründung derselben stützt man sich auf die berühmte l. 63. D. de rei vind. 6,1:

‚Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat: cum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. ipso quoque, qui litis aestimationem per-

[49] a. a. O: S. 444.
[50] a. a. O: S. 109–115.
[51] a. a. O: S. 36—38.
[52] a. a. O: S. 207.
[53] a. a. O: II. S. 329—331.
[54] a. a. O: S. 706—707.
[55] In Grünhut: Bd. 14. S. 12. 13.
[56] a. a. O: S. 241.
[57] I. § 225. A. 2.
[58] a. a. O: S. 403 ff.
[59] Früher war auch Windscheid dieser Ansicht. Vergl. Actio. S. 135—137. Bis zur fünften Auflage: II. § 329 A. 10. Wir kommen auf seine Ansicht noch zurück.

ceperit, possidente debet adiuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit, restituere."

Papinian gebe hier die cedierte Klage zunächst gegen jeden Dritten (quolibet alio possidente), dann aber auch gegen den Cedenten selbst (ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari). Er deute aber mit keinem Worte an, daß die Klage des Cessionars gegen den Cedenten anders geartet sei, als die Klage gegen jeden anderen Besitzer. Mithin sei die Klage gegen den Cedenten auch die rei vindicatio.

Diese Auslegung der Stelle ist unzutreffend und steht mit den einfachsten Rechtsgrundsätzen in Widerspruch. Wir haben im Laufe unserer Darstellung schon öfters darauf hingewiesen, daß der Eigentumsanspruch in dem Augenblick erlischt, in welchem sich Eigentum und Besitz in einer Hand vereinigen. Eine rei vindicatio gegen den Eigentümer selbst ist eine „juristische Unmöglichkeit".[60] Kann aber der Eigentümer einen Eigentumsanspruch gegen sich selbst nicht haben, so kann er noch weniger einen solchen — zukünftigen — Anspruch auf einen Anderen übertragen. Für uns war also die oben angeregte Frage nach der Zuständigkeit der rei vindicatio gegen den Cedenten selbst bereits in verneinendem Sinn entschieden. Auch aus der l. 63. cit., welche einen speziellen Fall einer gesetzlichen Cession behandelt, läßt sich nichts gegen uns entnehmen. Die Stelle ist vielmehr im Anschluß an Exner[61] folgendermaßen zu interpretieren:

Unter dem „quilibet alius" versteht Papinian den Eigentümer nicht mit. Dies ergiebt der Umstand, daß er fortfährt: „ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari". Dieser Satz ist nicht etwa eine Konsequenz aus dem vorhergehenden allgemeinen Satz, er enthält vielmehr ein weiteres Moment des rechtlichen Schutzes, nämlich gegen den Eigentümer. Daß dieser rechtliche Schutz ein anders gearteter ist, geht auch aus dem Schlußsatz der Stelle hervor: „Es kann unter besonderen Umständen auch die Litisästimationssumme, nicht die Sache zurückerstattet werden." Würde

---

[60] Ihering: a. a. O. S. 110.
[61] Exner: a. a. O. S. 193 ff.

die cedierte Klage gegen den Eigentümer genau so wirken, wie gegen jeden Dritten, so könnte von einer Abfertigung des Klägers mit der Litisästimationssumme so wenig die Rede sein, als der Kläger sich eine solche vom dritten Besitzer gefallen lassen muß. Prozessual wird dieser Schutz gegen den Eigentümer so verwirklicht, daß der Cessionar mit der vom Cedenten abgetretenen „Publiciana actio" klagt. Der Cedent setzt derselben die „exceptio dominii" entgegen. Darauf antwortet der Cessionar mit der „replica doli". Denn es erscheint unzweifelhaft dolos, wenn der Eigentümer die einfache Abweisung des Klägers beantragt und die Sache und die Litisästimationssumme behalten will. Welches von beiden zurückzuerstatten ist, hat der Richter nach Lage des einzelnen Falles zu ermessen. Doch ist durch die Worte: „ne facile audiendus erit" diesem richterlichen Ermessen eine Schranke gesetzt. Der Richter wird hier angewiesen, nur unter ganz besonderen Umständen auf Zurückzahlung der Litisästimationssumme an denjenigen, der sie geleistet, zu erkennen. Die cedierte dingliche Klage wirkt also nicht gegen den Eigentümer. Sie ist nur Mittel zur Verwirklichung des aus der „litis aestimatio" entsprungenen obligatorischen Anspruchs des Besiegten gegen den Eigentümer, der nachher in den Besitz der Sache gelangt ist. „Es wird hier in Wahrheit ein obligatorischer Prozeß in dinglichem Kleide geführt. Der Schwerpunkt dieses Prozesses liegt in der replica doli, welche, materiell genommen, eigentlich erst die Klage ist." Sie ist gestützt auf den durch die litis aestimatio begründeten Quasikauf,[62] sie ist gestützt auf die causa cessionis, nicht auf die Cession selbst und hat in Billigkeitsrücksichten ihren Grund: Derjenige, welcher gezwungen ist, die Litisästimationssumme zu zahlen und dafür kraft cessio legis lediglich den Anspruch des Cedenten erhält, muß auch diesem gegenüber genügend geschützt werden. Dies geschieht dadurch, daß man ihm eine dingliche Klage gewährt.[63] Bei der freiwilligen Cession dagegen ist dieses Bedürfnis nach einem wirksamen Schutz auch gegen den Cedenten nicht so dringend. Hier kann sich der Cessionar selbst sichern, indem er, sei es in dem der Cession zu Grunde liegenden Rechts-

[62] Vergl. l. 46. D. 6. 1. l. 22. pr. D. 25. 2. l. 1. D. 41,4. l. 21. § 2. D. 21. 2. l. 3. D. 41. 4.

[63] Exner: S. 193 ff.

geschäft, sei es in einem Nebenvertrag, für gewisse schutzbedürftige Fälle mit dem Cedenten Vereinbarungen trifft. In vielen Fällen wird es auch hier genügen, wenn der Cedent caviert: „quod per se non fiat possessionem eius rei non traditum iri".[64] Im übrigen haftet der Cedent, wie bereits erwähnt, aus der causa cessionis.[65]

Windscheid, welcher früher[66] für die Zulässigkeit der rei vindicatio cessa gegen den Cedenten war, zog zur Unterstützung seiner Ansicht noch die l. 11. § 2. de pign. 20,1 an: „Usufructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usumfructum habet et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere „non esse ei ius uti frui invito se", tali exceptione eum praetor tuebitur: „si non inter creditorem et eum ad quem usufructus pertinet convenerit, ut usufructus pignori sit": nam et eum emptorem usufructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori obicietur exceptio."

Hier spricht Marcian-Papinian von einem dinglichen Schutz des Käufers beziehungsweise Pfandgläubigers eines bestehenden Nießbrauchs, die im Besitze der Sache sind, durch exceptio. Dieser Schutz durch exceptio wird in dem Schlußsatz der Stelle auch gegen den Verkäufer beziehungsweise den Verpfänder selbst gegeben. Dies veranlaßte einige Schriftsteller,[67] dem Käufer und dem Pfandgläubiger eine dingliche Klage in gleicher Ausdehnung, also auch gegen den Verkäufer und den Verpfänder selbst zuzubilligen. Hieraus schloß man weiter, daß, wenn Papinian selbst dem Usufruktkäufer sein Recht auf Früchte dinglich auch gegen den Nießbraucher und den Eigentümer selbst schütze, nicht abzusehen sei, aus

---

[64] l. 47. D. 6. 1. Vergl. Bekker: a. a. O. S. 208. Schmid: II. S. 333.

[65] Die Frage nach der Zuständigkeit der Vindikation gegen den Cedenten selbst wird ferner verneint von: Ihering: S. 110. Mühlenbruch: S. 507., Leist S. 37 f. (Leist schließt sich eng an Exner an.) Carvayal: S. 24. Windscheid: II. § 337 A. 5. (Seit der 6. Aufl.) Motive: III. S. 399. — Über die Begründung im einzelnen: Stampe: S. 348 ff. Wir werden nur das eine oder andere hervorheben.

[66] Vergl. A. 59.

[67] Windscheid: Actio: S. 136 f.: I. § 25 A. 4, daselbst auch weitere Literatur. Vergl. noch: Dernburg: Pfandrecht I. S. 486. Schmid: a. a. O. II. S. 340 ff. Seuff. Arch. Bd. 35. S. 189 (R. G.).

welchem Grunde Papinian dem Cessionar in l. 63. citata die rei vindicatio gegen den Cedenten verweigert haben sollte. Denn formell betrachtet, decken sich die beiden Tatbestände, hier wie dort sei ein Recht zur Sachaneignung bestellt und das Interesse des Zwangscessionars wiege rechtlich mindestens ebenso schwer, wie dasjenige des Ususfruktkäufers.[68] Hiergegen wäre einzuwenden, daß obige Folgerungen äußerst gewagt sind. Denn wenn die Quellen dem Nießbrauchskäufer und Nießbrauchspfandgläubiger einen direkten dinglichen Schutz durch actio gegen den Verkäufer und den Eigentümer gewährt hätten, so hätten sie dies sicherlich unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Es ist deshalb nicht zu billigen, daß diese eines auch nur einigermaßen sicheren Beweises entbehrenden Annahmen zur Begründung neuer Behauptungen benutzt werden.

Zimmermann, der dem Cessionar eigentlich schon auf Grund seines dominium utile die rei vindicatio cessa auch gegen den Cedenten geben mußte, führt außerdem noch an, daß auch die actio hypothecaria cessa nach den Quellen unter Umständen gegen den in den Besitz der Pfandsache gelangten Pfandgläubiger gerichtet werden konnte. Er citiert[69] eine Reihe von Quellenstellen, welche jedoch alle von der Cession einer Forderung handeln, für welche ein Pfandrecht besteht. Hier geht aber mit der Forderung von selbst[70] das Pfandrecht auf den Cessionar über. Der Cedent ist also nach der Cession der Forderung gar nicht mehr dinglich Berechtigter und aus diesem Grunde dringt die mit der Forderung und dem Pfandrecht übergegangene actio hypothecaria gegen ihn durch. Zweifel könnten nur im Falle einer Cession der actio hypothecaria ohne das Forderungs- und damit das Pfandrecht entstehen. Hiervon handelt aber keine der von Zimmermann angeführten Stellen.

Endlich wird von Dernburg, Schmid und Zimmermann[71] auf das praktische Bedürfnis verwiesen, welches die Zulässigkeit der rei vindicatio cessa gegen den Cedenten erheische.

---

[68] Vergl. Stampe: a. a. O. S. 406.

[69] a. a. O. S. 114. 115. Vergl.: l. 6, 18.4; l. 11 § 2. 20.1. l. 6, 7 C. 4. 10; l. 8. C. 4. 39; l. 13. C. 4. 65; l. 2. 11. 14. 21. C. de fidej. 8, 40.

[70] Windscheid: II. § 332 insbes. A. 8.

[71] Vergl. A. 57, 53, 50.

Doch auch diese Einwendungen können uns nicht veranlassen, eine begriffliche, eine juristische Unmöglichkeit zuzulassen. Die Hilflosigkeit des Cessionars einem unredlichen Cedenten gegenüber ist ja unendlich zu bedauern, aber de lege late ist daran nichts zu ändern. Hier konnte nur die Gesetzgebung Wandel schaffen, indem sie dem Cessionar des Eigentumsanspruchs sofort mit der Cession das dingliche Recht selbst verschaffte.

Mit der Frage nach der Zulässigkeit der Cession künftiger dinglicher Ansprüche ist grundsätzlich auch die Frage zu bejahen, ob auch dann, wenn der Cedent im Augenblicke noch keine Verletzung in seinem Eigentumsrecht erfahren hat, die durch eine spätere Verletzung entstehenden Eigentumsansprüche Gegenstand der Cession sein können. Man könnte uns einwenden, daß für den besitzenden Eigentümer kein Anlaß zur Übertragung einer künftig erst entstehenden rei vindicatio vorliege, da er Eigentum auf dem gewöhnlichen Wege der Tradition übertragen könne.[72] Dem ist zu entgegnen, daß es Fälle geben kann, wo eine derartige Cession sehr praktisch werden kann. Man denke an den Fall, daß der Käufer länger verreisen, der Verkäufer die Sache vorerst noch für sich behalten, sie später aber einem Dritten leihen möchte. Sollte man ihm da die Möglichkeit rauben, schon jetzt mit dem Käufer zu vereinbaren, daß dieser nach Ablauf der Leihzeit des Dritten die Sache zwecks eigenen Eigentumserwerbs von diesem vindicieren solle? Sodann aber ist — dies sei nebenbei bemerkt — die Cession der rei vindicatio nicht darauf beschränkt, als Ersatz der Tradition zu fungieren.[73] Es sind ihr vielmehr weitere Ziele gesteckt; sie kann auch auf bloße Gewährung von Besitz oder Detention gerichtet sein.[74]

Zum Schlusse wollen wir uns der Frage zuwenden, die sich schon längst aufgedrängt hat: Wann erwirbt denn der Cessionar das Eigentumsrecht selbst? Die Antwort liegt sehr nahe. Der Cessionar erwirbt das Eigentum, wenn er den abgetretenen Eigentumsanspruch mit Erfolg geltend gemacht und den Besitz der Sache erlangt hat, sofern der Eigentümer in diesem

[72] So: Zimmermann: S. 108.
[73] A. M.: Zimmermann: S. 115.
[74] Statt Aller: Stampe: S. 329 f.

Zeitpunkte noch den rechtlich erheblichen Willen hat, Eigentum zu übertragen.[75] Dieses letzte Erfordernis hat eine Reihe von Schriftstellern für überflüssig erachtet,[76] doch unseres Erachtens mit Unrecht. Wir müssen uns immer vor Augen halten, daß zum Eigentumserwerb zwei Dinge erforderlich sind, der Eigentumsübertragungsvertrag, die Einigung des B.G.B., und die Besitzübergabe, die Tradition. Das Verhältnis dieser beiden Elemente ist aber nach römischem Recht nicht ein derartiges, daß die Tradition vielleicht etwas zu dem Eigentumsübertragungsvertrag Hinzukommendes, denselben Vollendendes wäre, sie ist vielmehr der notwendige Ausdruck des Eigentumsübertragungsvertrags, sie ist gewissermaßen der Eigentumsübertragungsvertrag selbst. Denn auch, wenn der Eigentumsübertragungsvertrag der Tradition vorausgeht, wird er in der Tradition wiederholt und der nicht in der Tradition ausgedrückte Eigentumsübertragungsvertrag ist ohne alle rechtliche Bedeutung und hat höchstens obligatorische Wirkung.[77] An diesem Prinzipe hat das römische Recht festgehalten. Die wenigen Stellen, welche mit demselben unvereinbar erscheinen,[78] betreffen einzelne praktische Fälle und rechtfertigen keineswegs den Schluß, daß das römische Recht das Traditionsprinzip grundsätzlich durchbrochen hat. Auch der Weg des Eigentumserwerbs mittels Vindikationscession muß deshalb auf dasselbe zurückzuführen sein. Freilich ist hier der Begriff der Tradition etwas anders auszulegen. Tradition bedeutet hier die mit dem Willen des Cedent-Eigentümers erfolgte Erlangung des Besitzes von dem Dritten zwecks eigenen Eigentumserwerbs. Dieser beiderseitige Wille braucht sich allerdings im Augenblicke der Besitzerlangung nicht mehr nach außen hin zu dokumentieren; er ist, wenn bei der Cession des Anspruchs vorhanden gewesen, als fortdauernd zu unterstellen, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil bekundet

---

[75] So auch: Windscheid: Actio S. 233. de Carvayal: S. 3. Kohler: Ih. Ib. Bd. 17. S. 321. Leist: S. 33. W

[76] Ihering: S. 119. Zimmermann: S. 109. Attenhofer: S. 242. O. A. G. Berlin. In Seuff. Arch. Bd. 27. Nr. 19.

[77] Windscheid: I. § 171 A. 3, woselbst weitere Literatur über die bestrittene Frage zu finden ist.

[78] l. 16. D. 23. 5. l. 50. pr. D. 6. 1. l. 15. C. 3. 32. l. 6. C. 4. 39. l. 8. C. 4. 49. Citiert bei Windscheid: a. a. O. (Vergl. A. 77.)

worden ist. oder sich aus rechtlichen Gründen ergiebt. Hat der Cedent im Augenblicke der Besitzerlangung des Cessionars tatsächlich nicht mehr den Willen, Eigentum zu übertragen, so erlangt der Cessionar lediglich den Besitz der Sache; der Cedent haftet ihm aber aus der causa cessionis, ja wegen dolus unter Umständen ex ipsa cessione. Aber auch dann, wenn der Cedent vor der Besitzerlangung des Cessionars aus irgend einem Grunde sein Eigentum verloren hat, erlangt der Cessionar nichts als den Besitz der Sache, denn der Cedent konnte ja im Augenblick der Besitzerlangung des Cessionars nicht mehr den rechtlich erheblichen Willen haben, Eigentum zu übertragen, da er selbst nicht mehr Eigentümer war. Ebenso dürften die Fälle zu entscheiden sein, wo zwischen der Cession und der Besitzerlangung Veränderungen in der Handlungs- oder in der Verfügungsfähigkeit des Cedenten eintreten. So hat schon im Jahre 1841 das O.A.G. in Lübeck[79] entschieden, daß die vom Verkäufer eines auf der Fahrt befindlichen Seeschiffes dem Käufer eingeräumte Befugnis, das Schiff bei seiner Ankunft in einem bestimmten Hafen einseitig in Besitz zu nehmen, das Eigentum nicht mehr gewährt hat, wenn die Besitzergreifung erst erfolgt ist, nachdem der Verkäufer in Konkurs geraten war. Der Verkäufer konnte ja in diesem Falle im Augenblick der Besitzergreifung nicht mehr den rechtlich erheblichen Willen haben, Eigentum zu übertragen, denn mit der Eröffnung des Konkurses hatte er die Befugnis verloren, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.[80] Dem Cessionar blieb nichts übrig, als auf die causa cessionis, den Kauf zurückzugreifen und seine Ansprüche daraus als Konkursforderung anzumelden.

---

[79] Sammlung von Entscheidungen des O. A. G. in Hamburg. Rechtssachen, Neue Folge. Bd. 1. S. 138—146. Vergl. Stampe: S. 312. 356.

[80] Für das geltende Recht: K. O. § 6.

§ 7. Nach Reichsrecht.

Mit dem 1. Januar 1900 hat der alte Streit um die Lehre von der Cession der rei vindicatio seine praktische Bedeutung verloren. Der deutsche Richter, welcher fortan die rechtliche Stellung der Beteiligten zu prüfen hat, braucht nicht mehr sorgfältig abzuwägen, welcher der vielen einander widersprechenden Ansichten, die die Literatur seit des Altmeisters Iherings Tagen gezeitigt hat, er sich anschließen will; sein Weg ist ihm genau vorgezeichnet: Der Cessionar ist mit der Cession des Anspruchs Eigentümer geworden, sofern die Einigung vorangegangen oder gleichzeitig erfolgt ist.[1] Der Erwerber kann jetzt die Sache mit der Vindikation an sich ziehen, sie geht auf seine Erben über, er kann unter Lebenden oder von Todeswegen über sie verfügen, sie auch seinerseits wieder gemäß § 931 veräußern, er hat im Konkurse des Dritten das Aussonderungsrecht des § 43 K.O. und die Klage aus § 771 C.P.O., die sogenannte Exekutionsinterventionsklage, wenn die Sache beim Dritten gepfändet wird. Auch der berühmte Streit um die l. 63 D. citata ist für das neue Recht bedeutungslos geworden, denn wenn heute der Cessionar die Sache auch von dem wieder in den Besitz derselben gelangten Cedenten vindizieren kann, so liegt hierin keine Besonderheit, sondern es handelt sich um einen Fall ganz normaler Vindikation: der Cessionar, der Erwerber, ist Eigentümer, der Cedent, der Veräußerer, lediglich Besitzer. Nach all dem Gesagten kann von einer Abhängigkeit des Cessionars vom Cedenten im Sinne des Pandektenrechts keine Rede mehr sein, das Recht des Cessionars hat seine eigenen Schicksale.

Ist der neue Eigentümer gleichzeitig mittelbarer Besitzer geworden, so sind mit dem persönlichen Anspruch auch die Vorrechte (Hypotheken, Pfandrechte, Rechte aus einer Bürgschaft), die für diesen Anspruch bestehen, übergegangen. Auch kann der neue Eigentümer ein mit dem Anspruch für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes

[1] Vergl. dagegen: § 6 am Schluß.

Vorzugsrecht geltend machen.[2] Was die Haftung des Veräußerers betrifft, so ist in jedem einzelnen Fall auf die causa cessionis zurückzugreifen. Erfolgte die Veräußerung z. B. auf Grund eines Kaufgeschäftes, so haftet der Veräußerer als Verkäufer,[3] insbesondere wenn er dem Erwerber das Eigentum an der Sache nicht verschafft hat, weil er selbst nicht Eigentümer war und die Vorschriften über den Erwerb im guten Glauben keine Anwendung finden können.

Da bei der Eigentumserwerbsart des § 931 der für den Eigentumsübergang entscheidende Vorgang nach außen nicht hervortritt, der neue Eigentümer vielmehr im Falle des Bestreitens seines Eigentums nachweisen muß, daß der Veräußerer Eigentümer war, oder daß er selbst durch die Anspruchsabtretung mittelbaren Besitz erlangt hat — denn nur dann ist er auf jeden Fall unmittelbar mit der Abtretung des Anspruchs Eigentümer geworden[4] — ist der bisherige Eigentümer verpflichtet, dem neuen Eigentümer die erforderliche Auskunft zu erteilen und die zum Beweise seines Rechts dienenden Urkunden, soweit sich dieselben in seinem Besitz befinden, herauszugeben.[5] Der bisherige Eigentümer ist weiter verpflichtet, dem neuen Eigentümer auf dessen Kosten auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über den Eigentumserwerb auszustellen.[6]

Daß durch den Eigentumserwerb nach § 931 der dritte Besitzer in erheblichem Maße in Mitleidenschaft gezogen wird, leuchtet ohne weiteres ein. Steht er doch plötzlich, ohne daß er es gewußt und gewollt hat, einem neuen Eigentümer gegenüber, der jeden Augenblick von seiner souveränen Sachherrschaft Gebrauch machen und die Herausgabe der Sache verlangen kann. Hier mußte das Gesetz Mittel und Wege für einen Ausgleich der Interessen schaffen, insbesondere mußte es das billige Interesse des Besitzers wahren, daß seine Rechtsstellung auf Grund einer solchen Veräußerung nicht verschlechtert werde. Dies ist in mannigfacher Weise geschehen. Schon nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 936 Abs. 3 bleiben alle dinglichen Rechte, welche dem dritten

[2] § 401 B.G.B.
[3] Vergl. § 433 B.G.B.
[4] §§ 931, 934 B.G.B.
[5] § 402 B.G.B.
[6] § 403 B.G.B.

Besitzer zustehen unberührt erhalten, sie erlöschen nicht wie die Rechte Anderer dem gutgläubigen Erwerber gegenüber. Der dritte Besitzer kann also dem Anspruch des neuen Eigentümers z. B. die Einrede entgegensetzen, daß er als Pfandgläubiger oder als Nießbraucher zum Besitze der Sache berechtigt sei. Ein weiterer Schutz wird dem dritten Besitzer durch § 986 Abs. 2 zu Teil, wonach er dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen kann, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Diese Bestimmung hat, da der dinglich berechtigte Besitzer bereits in der oben geschilderten Weise geschützt ist, hauptsächlich Bedeutung für denjenigen Besitzer, welcher dem bisherigen Eigentümer gegenüber aus einem persönlichen Rechtsverhältnis zum Besitz berechtigt ist. Er soll die Einwendungen aus solchen Rechtsverhältnissen selbst dem Eigentumsanspruch des Sondernachfolgers seines Gegners entgegenstellen und daraufhin die Herausgabe der Sache auch an ihn verweigern dürfen, obschon der neue Eigentümer ihm persönlich nicht verpflichtet ist. Wenn z. B. A. für die Monate März, April und Mai sein Reitpferd an B. vermietet hat, dasselbe aber am 15. März an C. verkauft und es diesem nach § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen B. übereignet, so kann B. auf Grund des mit A. geschlossenen Mietvertrages die Herausgabe des Reitpferdes an C. verweigern. Er kann dies selbst dann, wenn C. den Mietvertrag beim Erwerbe nicht gekannt hat. Also auch für bewegliche Sachen in gewissem Sinne der Satz: Kauf bricht nicht Miete.

Daß sich der neue Eigentümer aus den besonderen Rechtsverhältnissen des bisherigen Eigentümers zum Besitzer, insofern sie der Herausgabe der Sache entgegenstehen, einen Einwand entgegensetzen lassen muß, wird vielfach als dingliche Wirkung dieser Rechtsverhältnisse bezeichnet.[7] Jedoch mit Unrecht. Der Schutz des § 986 Abs. 2 wird den Besitzern beweglicher Sachen gegenüber dem neuen Eigentümer nicht deswegen zu teil, „weil die Rechtsverhältnisse, aus welchen sie besitzen, besonderen Schutz verdienen, sondern wegen des Besitzes, den diese Personen haben, während sowohl der bisherige als der neue Eigentümer des Besitzes

[7] Crome: Ih. Ib. Bd. 37. S. 1 ff. Vergl. S. 67. 68.

ermangelt, weil also mit anderen Worten, der Besitz im Mobiliarsachenrecht eine wichtigere Rolle spielt als die dinglichen Rechte, sofern sie nicht mit dem Besitz der Sache verbunden sind".[8] Aber selbst, wenn dies nicht richtig wäre, müßten die Gegner aus einem anderen Grunde zugeben, daß man hier von einer dinglichen Wirkung im wahren Sinne nicht sprechen kann. Sie geht nämlich nur gegen die Sondernachfolger des bisherigen Eigentümers, nicht gegen jeden Dritten;[9] die Natur des dinglichen Rechts besteht aber, wie wir oben gesehen haben, gerade darin, daß es sich nicht nach dieser oder jener ausschließlichen Richtung, sondern nach allen Richtungen wider den entgegenstehenden Willen eines Anderen bewährt. Diese Absolutheit des dinglichen Rechtes müßte, selbst wenn man zugeben muß, daß sie für Mobilien im neuen Recht mannigfach durchbrochen ist — man denke z. B. an den Satz: „Hand muß Hand wahren" — gerade hier vorliegen, da der angeblich dinglich Berechtigte hier gerade den Besitz hat.[10] Daß dies der Fall ist, wird selbst von den Gegnern nicht behauptet.

Die Vorschrift des § 986 Abs. 2 mag auf den ersten Blick überflüssig erscheinen, da gemäß § 413 der § 404 Anwendung findet und der dritte Besitzer schon auf Grund dieses Paragraphen dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen könnte, die zur Zeit der Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den bisherigen Eigentümer begründet waren. Doch wir haben gesehen, daß der Anspruch auf Herausgabe des § 931 kein technischer Ausdruck ist, daß er vielmehr einerseits den Eigentumsanspruch, andererseits den persönlichen Anspruch aus dem mittelbaren Besitz bedeutet. Wird nun lediglich der persönliche Anspruch abgetreten, so würden die gegen diesen begründeten Einwendungen dem Eigentumsanspruch des neuen Eigentümers nicht ohne weiteres entgegensetzt werden können. Aber auch für den Fall, daß der Eigentumsanspruch abgetreten wird, ist die Vorschrift des § 986 Abs. 2 nicht überflüssig, denn im Augenblicke des Eigentumserwerbs hat

---

[8] Crome: Ih. Ib. S. 68. 69.
[9] A. M.: Fischer: Cit. bei Crome: Ih. Ib. S. 69.
[10] Vergl. Crome: Ih. Ib. S. 69. — Über die ganze Frage vergl. auch Gierke: a. a. O. S. 42 ff.

der abgetretene Anspruch seine Aufgabe, als Ersatz der Übergabe zu fungieren erfüllt und geht unter. Der Eigentumsanspruch des neuen Eigentümers ist also nicht der abgetretene Anspruch, sondern ein eigener Anspruch, der mit dem neuerworbenen Eigentum geboren worden ist. Diesem neuentstandenen Anspruch gegenüber wären die Einwendungen, die dem dritten Besitzer gegen den Anspruch des bisherigen Eigentümers zustanden, ohne die Vorschrift des § 986 Abs. 2 nicht begründet. Wir können den Sinn dieser Vorschrift mit Kohler[11] deshalb kurz dahin zusammenfassen: Das Eigentum geht über, belastet in der gleichen Weise, wie wenn die rei vindicatio des Tradenten übertragen worden wäre und fortan dem neuen Eigentümer zustünde. So kann der dritte Besitzer, sofern der dingliche oder persönliche Anspruch beim Veräußerer bereits verjährt war, auch dem Anspruch des neuen Eigentümers die Einrede der Verjährung entgegensetzen. Der neue Eigentümer ist damit oft, sofern nicht überhaupt die Sache vom Dritten bereits ersessen ist, praktisch seines Rechts beraubt.

Unter den Einwendungen sind aber nach der Sprache des Gesetzbuchs nicht nur die Einreden im Sinne des Civilrechts, sondern auch die auf rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen gegründeten Einwendungen zu verstehen. Freilich kommt denselben, soweit der Eigentumsanspruch abgetreten ist, weniger Bedeutung zu, da die Entstehung des Eigentumsanspruchs nicht wie die einer Forderung zumeist ein Rechtsgeschäft, sondern nur die nackte Tatsache des Nichtbesitzes des Eigentümers voraussetzt. Anders, wenn der persönliche Anspruch abgetreten worden ist. In diesem Fall kann der dritte Besitzer gegen den Eigentumsanspruch des neuen Eigentümers einwenden, daß der ihm abgetretene persönliche Anspruch überhaupt nicht entstanden ist, weil das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft nichtig ist, sei es wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des einen Teils oder wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot oder die guten Sitten, sei es, weil die das Rechtsgeschäft begründenden Willenserklärungen nur in der Erwartung abgegeben worden sind, der Mangel der Ernstlichkeit

[11] Kohler: Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18. S. 86 ff. insbes. S. 89.

werde nicht verkannt werden oder die Abgabe derselben nur zum Schein erfolgt ist.[12] Auch auf Tatsachen, welche den entstandenen Anspruch beseitgen, kann sich der dritte Besitzer berufen. Er kann geltend machen, daß das den Anspruch begründende Rechtsgeschäft durch Irrtum seinerseits oder durch arglistige Täuschung oder Drohung seitens des bisherigen Eigentümers zustande gekommen ist. Hier entsteht die interessante Frage, wem gegenüber — insbesondere im Falle des Irrtums — die Anfechtung erklärt werden muß, dem bisherigen Eigentümer oder dem neuen Eigentümer? Es ist selbstverständlich, daß, solange der dritte Besitzer von der Übereignung noch keine Kenntnis[13] hat, die Anfechtung gegenüber dem bisherigen Eigentümer erfolgen kann. Aber auch nach der Kenntnis des Dritten von der Übereignung dürfte unseres Erachtens die Anfechtung dem bisherigen Eigentümer gegenüber immer noch wirksam sein, denn sie hat dem Anfechtungsgegner gegenüber zu erfolgen. Anfechtungsgegner ist aber bei einem Vertrage der andere Teil, der Gegenkontrahent, bei einem einseitigen Rechtsgeschäft derjenige, dem gegenüber das Rechtsgeschäft vorzunehmen war.[14] Zudem hat die Anfechtungserklärung rückwirkende Kraft und macht daher auch die Übereignung gegenstandslos.[15] Selbstverständlich kann sie aber auch jederzeit rechtsgültig dem neuen Eigentümer gegenüber erfolgen, denn derselbe ist ja in Ansehung des Anspruchs völlig an die Stelle des bisherigen Eigentümers getreten und hat alles zu vertreten, was dieser zu vertreten hatte.

Da gemäß §§ 398 Satz 2, 931 der Erwerber mit dem Abschluß des Übertragungsvertrages an die Stelle des bisherigen Eigentümers tritt, so müßten nach der reinen Rechtskonsequenz alle Rechtshandlungen, die der dritte Besitzer nach diesem Zeitpunkt mit dem bisherigen Eigentümer hinsichtlich der Sache vornimmt, dem Erwerber gegenüber unwirksam sein. Auch könnte nach den allgemeinen Regeln von der Rechtskraft des Urteils ein in einem zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem dritten Besitzer nach der Abtretung an-

[12] Vergl. aber: § 405 B.G.B.
[13] § 407 B.G.B.
[14] § 143 B.G.B.
[15] Kuhlenbeck: Zu § 404,1b.

hängig gewordenen Rechtsstreit ergangenes Urteil den Erwerber in seinem Rechte nicht berühren. Das Gesetzbuch hat aber bei der Abtretung der Forderungen zu Gunsten des gutgläubigen Schuldners diese Rechtskonsequenz durchbrochen und hat sich praktisch der Auffassung des gemeinen Rechts, der zufolge die volle Wirkung des Cessionsaktes dem Schuldner gegenüber durch die Denuntiation bedingt war, genähert. Es verlangt jedoch einer von Bähr[16] schon für das gemeine Recht verteidigten Ansicht folgend nicht die Benachrichtigung, sondern läßt die irgendwie erlangte sichere Kenntnis[17] des Schuldners von der Abtretung der Forderung genügen. Der Begriff „Kenntnis" ist allerdings vom Gesetz nicht näher beschrieben, nach den Motiven[18] ist es vielmehr „Sache der Beurteilung des einzelnen Falles, ob aus den gegen den Schuldner diesenfalls geltend gemachten Umständen die wirkliche Kenntnis desselben von der erfolgten Forderungsübertragung zu entnehmen ist". Da aber die sichere Kenntnis, die Überzeugtheit von der Richtigkeit einer Tatsache ein innerer psychologischer Vorgang ist, der sich äußerlich nicht markiert und oft zweifelhaft bleibt,"[19] hat das Gesetzbuch, um praktischen Bedenken zu begegnen, eine Reihe von Rechtswirkungen erst an die Benachrichtigung des Schuldners geknüpft. Gemäß § 413 finden diese Vorschriften auch auf die Cession des Eigentumsanspruchs Anwendung. Die Rechtslage des dritten Besitzers stellt sich sonach im einzelnen wie folgt dar:

Solange der dritte Besitzer die Übereignung nicht kennt, kann er ohne Gefahr die Sache an den bisherigen Eigentümer herausgeben, sowie Rechtsgeschäfte jeder Art hinsichtlich der Sache wirksam mit demselben vornehmen.[20] Er kann sich insbesondere die Sache von dem bisherigen Eigentümer gemäß § 929 Satz 2 übereignen lassen und erlangt mit der Einigung das Eigentum, sofern er den Besitz der Sache von dem bisherigen Eigentümer erlangt hatte.[21] Der dolose bis-

---

[16] a. a. O: S. 369. Regelsberger. In Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2. S. 528. Dagegen: R. O. H. G.: Bd. 23. S. 314. R. G. Bd 4. S. 114. Cit. bei Dernburg: II. § 48 A. 3.

[17] Kennenmüssen steht der Kenntnis nicht gleich.

[18] II. S. 133.

[19] Denrburg: II. § 48 A. 3.

[20] § 407 Abs. 1.

[21] § 932. S. 2.

herige Eigentümer wird dagegen dem ersten Erwerber, abgesehen von seiner Haftung aus der causa cessionis unter Umständen nach § 826 schadensersatzpflichtig. Ja, er macht sich einer Unterschlagung im Sinne des § 246 St.G.B. schuldig, wenn er die Herausgabe der Sache an sich verlangt in der Absicht, sich dieselbe wieder zuzueignen. Die Unterschlagung ist dann im Augenblicke des erneuten Besitzerwerbs vollendet. Ist nach der Übereignung ein Rechtsstreit zwischen dem dritten Besitzer und dem bisherigen Eigentümer in Ansehung der Sache anhängig geworden, so muß der neue Eigentümer das über die Sache ergangene rechtskräftige Urteil gegen sich gelten lassen.[22] Schließt der Veräußerer nochmals mit einem zweiten Erwerber einen Übereignungsvertrag nach § 931, so muß der erste Erwerber die Herausgabe der Sache seitens des dritten Besitzers an den zweiten Erwerber gegen sich gelten lassen und ist damit oft praktisch seines Rechtes beraubt, denn der gutgläubige zweite Erwerber erlangt in dem Augenblicke, in dem er den Besitz der Sache von dem dritten Besitzer erlangt, Eigentum.[23] Ebenso wirkt jedes Rechtsgeschäft, welches zwischen dem zweiten Erwerber und dem dritten Besitzer in Ansehung der Sache vorgenommen wird, sowie ein rechtskräftiges Urteil, welches in einem zwischen diesen Personen anhängig gewordenen Rechtsstreit in Ansehung der Sache ergeht, gegen den ersten Erwerber.[24]

Diese Sachlage ändert sich, sobald der dritte Besitzer sichere Kenntnis von der Übereignung erlangt. Von nun an darf er sich nicht mehr mit dem bisherigen Eigentümer einlassen, insbesondere darf er ihm die Sache nicht mehr herausgeben, auch Rechtsgeschäfte irgend welcher Art in Ansehung der Sache nicht mehr mit ihm abschließen. Täte er dies dennoch, so könnte er dem neuen Eigentümer gegenüber nach §§ 823, 826 B.G.B. haftbar werden, sich auch unter Umständen der Teilnahme an einer strafbaren Handlung schuldig machen.[25] Gegen etwaige Ansprüche des bisherigen Eigen-

---

[22] § 407 Abs. 2.
[23] § 934.
[24] § 408 B.G.B.
[25] Wenn er z. B. wissend, daß der Veräußerer nicht mehr Eigentümer ist, sich aber die Sache wieder aneignen möchte, die Sache an ihn herausgibt: §§ 246, 49 St. G. B.

tümers kann er sich dadurch schützen, daß er die Sachlegitimation desselben bestreitet und dem neuen Eigentümer den Streit verkündet. Tritt dieser in den Streit ein, so ist der Dritte aus dem Prozeß zu entlassen;[26] tritt er nicht ein, so tut der Dritte am besten, wenn er die Sache hinterlegt,[27] denn auch dem Erwerber darf er noch nicht trauen. Gibt er die Sache gleiwohl an diesen heraus, so tut er dies auf eigene Gefahr, denn wenn die Übereignung unwirksam ist, ist er dem Veräußerer nach wie vor verhaftet.

Diese Unsicherheit endet erst dann, wenn der bisherige Eigentümer dem dritten Besitzer anzeigt, daß er die Sache übereignet habe. Diese Anzeige, welche sich von der Denuntiation dadurch unterscheidet, daß sie als einseitiges Rechtsgeschäft des Cedent-Eigentümers gedacht ist,[28] ist eine rein formale Erklärung, die auch dann, wenn sie in Widerspruch mit der Wahrheit steht, wenn z. B. irrtümlich die angezeigte Übereignung nicht erfolgt oder nicht wirksam ist, eine rechtliche Wirkung erzeugt. Dem bisherigen Eigentümer gegenüber ist jetzt der dritte Besitzer berechtigt, den Übereignungsakt als vollzogen zu betrachten, auch wenn er tatsächlich nicht vollzogen ist und der Dritte dies weiß. „Diese Vorschrift dient also nicht dem Schutz des guten Glaubens; auch der bösgläubige Dritte kann sich, wenn er in voller Kenntnis des Sachverhaltes nach geschehener Anzeige an den Nichteigentümer die Sache herausgibt, auf dieselbe berufen. Eine Hilfe kann in besonders unbilligen Fällen, wenn z. B. der dritte Besitzer in der Absicht, den bisherigen Eigentümer zu benachteiligen, an den angezeigten, aber nicht wirklichen Eigentümer die Sache herausgibt, § 826 B.G.B. gewähren.[29] Die Anzeige bedarf kiner Form; sie kann mündlich und schriftlich erfolgen. Der dritte Besitzer ist dem neuen Eigentümer aber erst dann verpflichtet, wenn ihm der bisherige Eigentümer die Übereignung schriftlich angezeigt hat, oder wenn der neue Eigentümer eine ihm vom bisherigen Eigentümer über die Übereignung ausgestellte Urkunde aus-

---

[26] §§ 72, 75 C. P. O.
[27] § 372.
[28] Kuhlenbeck: Zu § 409,1.
[29] Kuhlenbeck: vergl. A. 27.

händigt. Ebenso ist eine Kündigung oder Mahnung des neuen Eigentümers unwirksam, wenn die Anzeige von der Übereignung nicht schriftlich erfolgt ist, oder die Kündigung oder Mahnung ohne Vorlage einer über die Übereignung ausgestellten Urkunde erfolgt, sofern sie der dritte Besitzer aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.[30]

---

[30] § 410.

C.

Schlusswort.

Ein gewaltiges Stück Rechts- und Kulturgeschichte enthüllt sich unseren Blicken, wenn wir den Raum von den ältesten Zeiten des echt römisch-nationalen Stadtrechts bis zum 1. Januar 1900, jenem bedeutsamen Markstein deutscher Rechtsentwickelung, jenem lang ersehnten Augenblick, da das neu geeinte Deutsche Reich auch Rechtseinheit errungen hat, durchschweifen. Dort das strenge, formale ius civile, hier das billige, formfreie, dem Weltverkehr entsprechende Recht. Eine unüberbrückbare Kluft, und dennoch, wenn wir die Entwickelung Schritt für Schritt verfolgen, ein stetiges Aufbauen auf Althergebrachtem, ein Verbessern und Vervollkommnen des Überlebten.

Mancipatio und iure cessio waren die ältesten rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbsarten, welche den Privatverkehr zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung beherrschten. Die mancipatio war der feierliche Kauf per aes et libram. Vor fünf Zeugen wurde den Kaufpreis darstellendes ungemünztes Kupfermetall durch einen Wägemeister, den libripens, dem Verkäufer zugewogen und von dem Käufer mit feierlichen Worten an der gekauften Sache als an seinem Eigentum mit der Hand — daher der Name — Besitz ergriffen. Die in iure cessio wurzelte im alten Prozeßrecht. Nach den zwölf Tafeln bedurfte es über den, welcher auf Klage des Anderen sofort vor dem Magistrat — in iure — den gegnerischen Anspruch anerkannte, keines Urteils mehr: er war bereits verurteilt — confessus pro iudicato est. Im Falle der Eigentumsklage konnte also der Magistrat sofort zur addictio, zum Zuspruch der Sache

an den Kläger schreiten. Daraus folgte, daß, wenn das Eigentum aus irgend einem Grunde veräußert werden sollte, beide Teile vor den Magistrat gingen, der Erwerber als Scheinkläger behauptete, daß er Eigentümer sei, der Veräußerer als Scheinbeklagter dies zugestand, und der Magistrat den Zuspruch der Sache zu Gunsten des Erwerbers erteilte.

In der Fortentwickelung des Zwölftafelrechts wurde auch die mancipatio zu einem Rechtsinstitute, mittels dessen nicht nur auf Grund eines Kaufes, sondern auch aus einem anderen Rechtsgrunde Eigentum übertragen werden konnte. Dies geschah dadurch, daß der Kauf zu einem Scheinkauf, zu einem Kauf nummo uno (Scheinpreis) herabsank und das dabei gesprochene feierliche Wort, die nuncupatio allein die Wirkung des Rechtsgeschäfts bestimmte. Doch auch diese Form genügte bald nicht mehr. Die Macht Roms hatte die Grenzen der Stadt und des alten Latium längst überschritten und erstreckte sich über alle Länder des Mittelmeers, ja noch weit darüber hinaus. Das römische Recht war aus einem Stadtrecht, einem ius urbis, zu einem Weltrecht, einem ius orbis, geworden. Dieser Aufgabe waren die für kleinliche Verhältnisse, für einen spärlichen Verkehr zugeschnittenen Sätze des ius civile nicht gewachsen. In diesem Stadium griff das ius gentium, das formfreie Recht des Weltverkehrs reformierend ein. Die alte Form fiel. Zum Eigentumserwerbe genügte der unter formloser Übergabe der Sache geschlossene Übereignungsvertrag, die traditio. Sie blieb fortan die Hauptform der Übereignung und auf sie ist auch die Übereignung des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Einigung und Übergabe zurückzuführen. Neben der traditio finden wir in den justinianischen Gesetzeswerken bereits Ansätze zu einer Übereignungsform für den Fall, daß weder der Veräußerer noch der Erwerber, sondern ein Dritter im Besitz der zu übereignenden Sache ist. Die berühmten Streitfragen, welche sich hieran knüpften, und ihr Ergebnis für das moderne Recht haben wir eingehend dargelegt. Wir haben auch betont, daß dasselbe nichts weniger wie zufriedenstellend war, da es dem modernen Verkehr, der raschen Güterwechsel erfordert, durchaus nicht entsprach. Doch hier konnte nur die Gesetzgebung Wandel schaffen, indem sie den Erwerber sofort mit der Anspruchsabtretung zum Eigentümer machte. Dies getan zu haben, ist das Ver-

dienst des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Nicht einer neuen Rechtsidee hat es Eingang verschafft, sondern nur eine weit über tausend Jahre zurückreichende Entwickelung hat es zum Abschluß gebracht. Der § 931 hat das römisch-rechtliche Institut dem Jahrhundert des Dampfes und der Elektrizität angepaßt. Der Geist des römischen Rechtes weht uns aus ihm in erneuter Frische entgegen. Wie aus so manchem Paragraphen des neuen deutschen Gesetzgebungswerkes spricht auch aus § 931 die Tendenz, die der große Denker Rudolph von Ihering einst mit den Worten bezeichnete: „Durch das römische Recht über dasselbe hinaus!“

Literaturverzeichnis.

(Hier nicht aufgeführte Werke sind in den betreffenden Fußnoten zu finden. Sie sind erst mit vollem Titel, sodann abgekürzt citiert.)

Achilles: Handausgabe des B.G.B. (Citiert: Achilles.)

Archiv für bürgerliches Recht von Kohler, Ring und Oertmann, 1889 ff, bis jetzt 15 Bände. (Citiert: Arch. f. bürg. R.)

Archiv für die civilistische Praxis. Herausgegeben zuerst von Gensler, Mittermeier, Schweitzer, gegenwärtig nach mannigfachem Wechsel von Franklin, Rümelin, Mandry, Wendt, Bülow, v. Kohlhaas. Heidelberg, später Freiburg und Leipzig. Seit 1818. (Citiert: Arch. f. civ. Pr.)

Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 1883. 12. Auflage. (Citiert: Arndts.)

Attenhofer: Der Gegenstand der Cession. In der Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Band 26. 1885. S. 186 ff. (Citiert: Attenhofer.)

Bähr: Zur Cessionslehre. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 1. (Citiert: Bähr.)

Bekker: Über die actiones in rem. Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Herausgegeben von Bekker und Muther, seit dem 3. Heft des 5. Bandes auch von Stobbe. Leipzig 1857 bis 1863. 6 Bände. Bd. 4. S. 178 ff. (Citiert: Bekker.)

— Der Besitz beweglicher Sachen. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 34. S. 1 ff. (Citiert: Bekker: Ih. Ib. Bd. 34.)

Biermann: Sachenrecht. Im Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengestezen. Herausgegeben von Biermann, Frommhold u. A. (Citiert: Biermann.)

Bolze: Praxis des Reichsgerichts.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1873—1876.

Busch: Siehe Zeitschriften etc.

Carvayal y Viana: Über die Cession der Rei Vindicatio. Inauguraldissertation. Göttingen 1889. (Citiert: Carvayal.)

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf Grund des B.G.B. 3. Aufl. 1900. (Citiert: Cosack.)

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900. (Citiert: Crome.)

— Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen B.G.B. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 37. S. 1 ff. (Citiert: Crome: Ih. Ib. Bd. 37.)

Dernburg: Pandekten. 6. Aufl. 1900. (Citiert: Dernburg.)

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. Bd. 1. Aufl. 2. und 3. Bd. 3. Aufl. (Citiert: Dernburg: B. R.)

Degenkolb: Einlassungszwang und Urteilsnorm. 1877. (Citiert: Degenkolb.)

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Auflage. 1903. (Citiert: Endemann.)
Enneccerus und Lehmann: Das bürgerliche Recht. Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Auflage. 1901. (Citiert: Enneccerus.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. 1880 ff. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. (Citiert: R. G. oder E.)
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. 1871 ff. (Citiert: R. O. H. G.)
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888 (1. Lesung); Berlin 1895 (2. Lesung). (Citiert: Entw. I und Entw. II.)
Exner: Die Lehre vom Rechtserwerbe durch Tradition. Wien 1867. (Citiert: Exner.)
Foerster-Eccius: Preußisches Privatrecht. 5. Auflage. (Citiert: Foerster-Eccius.)
Fischer: Recht und Rechtsschutz. In Bekkers und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs. (Heft 6. 1888.) (Citiert: Fischer.)
Fischer-Henle: Handausgabe des B.G.B. 6. Auflage. (Citiert: Fischer-Henle.)
Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B.G.B. Jena 1897. (Citiert: Gierke.)
Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Erlangen 1807 bis 1814. (Citiert: Glück.)
Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1868. (Citiert: Goldschmidt.)
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. (Citiert: Gruchot und Band.)
— Glossen zum allgemeinen Landrecht. In seinen Beiträgen Band 11. (Citiert: Gruchot.)
Grünhut: Siehe Zeitschriften etc.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht. Jena 1900. (Citiert: Hellwig: Anspruch.)
— Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1. Bd. Leipzig 1903. (Citiert: Hellwig: Civilprozeßr.)
Hölder: Kommentar zum allgemeinen Teil des B.G.B. (Citiert: Hölder.)
Ihering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. 4. Auflage. Leipzig 1888. (Citiert: Ihering: Geist.)
— Übertragung der Rei vindicatio auf Nichteigentümer. In seinen Jahrbüchern Bd. 1. S. 101 ff. (Citiert: Ihering.)
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg in Verbindung mit Anderen. Jena. Seit 1857.)Citiert: Ih. Ib.)
Kipp: Siehe Windscheid.
Kober: Das Sachenrecht. In J. v. Staudingers Kommentar zum B.G.B. 3. Auflage. (Citiert: Kober.)
Kohler: Recht und Prozeß. In Grünhut. Bd. 14. S. 12 ff. 1887. (Citiert: Kohler. In Grünhut.)
— Annahme und Annahmeverzug. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 17. S. 261 ff. (Citiert: Kohler: Ih. Ib.)
Kuhlenbeck: Das Recht der Schuldverhältnisse. In J. v. Staudingers Kommentar. (Citiert: Kuhlenbeck.)

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. 4. Auflage. 1901. (Citiert: Laband.)

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen B.G.B. (Citiert: Langheineken: Anspruch.)

— Der Urteilsanspruch. 1899. Ein Beitrag zur Lehre vom Klagrecht. (Citiert: Langheineken: Urteilsanspruch.)

Lehmann: Siehe Enneccerus.

Leist: Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889. (Citiert: Leist.)

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Auflage. 1900. (Citiert: Matthias.)

Motive zu dem Entwurf eines B.G.B. Berlin und Leipzig 1888. Amtliche Ausgabe. (Citiert Motive.)

Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Auflage. Greifswald 1836. (Citiert: Mühlenbruch.)

Neuburger: Eigentumserwerb durch Anspruchsabtretung. Tübinger Dissertation 1901. (Citiert: Neuburger.)

Neumann: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Handausgabe für Studium und Praxis bearbeitet. 1902. (Citiert: Neumann.)

Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Auflage. 1906. Im Kommentar zum B.G.B. und den Nebengesetzen. Herausgegeben von Biermann, Frommhold u. A. (Citiert: Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse.

— Der Dinglichkeitsbegriff. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 31. S. 400 ff. (Citiert: Oertmann: Ih. Ib. Bd. 31.)

Pagenstecher: Die römische Lehre vom Eigentum. Heidelberg 1857—1859. (Citiert: Pagenstecher.)

Philipp: Inwieweit unterscheidet sich die Cession dinglicher Ansprüche von derjenigen persönlicher Ansprüche. Erlanger Dissertation. 1898. (Citiert: Philipp.)

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 1. und 2. Auflage. Bd. II. Lieferung 1 und Bd. III. 3. Auflage. (Citiert: Planck.)

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B. Berlin 1897 ff. (Citiert: Protokolle.)

Puchta: Pandekten. Leipzig 1838. (Citiert: Puchta.)

Reatz: Die zweite Lesung des Entwurfs eines B.G.B. Berlin 1894. (Citiert: Reatz.)

Regelsberger: Pandekten. Bd. 1. 1893. (Citiert: Regelsberger.)

v. Schey: Über Rechtsverwandlungen. In Grünhut. Bd. 8. S. 100 ff. (Citiert v. Schey.)

Schmid: Die Grundlehren der Cession. Teil I und II. Braunschweig 1863 und 1866. (Citiert: Schmid I; II.)

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1. Auflage. (Citiert: Schollmeyer.)

Seufferts Archiv für Entscheidungen der oberen Gerichtshöfe. 1847 von J. A. Seuffert begonnen.

Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. Leipzig 1847. (Citiert: Sintenis.)

Stampe: Die Lehre von der Abtretung der Vindikation. Im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 80. S. 305 ff. (Citiert: Stampe.)

Strohal: Der Sachbesitz nach dem B.G.B. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 38. S. 1 ff. (Citiert: Strohal.)

Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878. (Citiert: Thon.)

Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 6. Auflage. Marburg 1856. (Citiert: Vangerow.)

Wach: Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Bd. I. 1885. (Citiert: Wach: Handbuch.)

— Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. 1888. In den Festgaben für B. Windscheid. (Citiert: Wach: Feststellungsanspruch.)
Wächter: Pandekten. Aus seinen hinterlassenen Papieren herausgegeben von O. v. Wächter. 1880, 1881. (Citiert: Wächter.)
Wendt: Lehrbuch der Pandekten. 1888. (Citiert: Wendt: Pandekten.)
— Der mittelbare Besitz des B.G.B. Im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 87. S. 70 ff. (Citiert: Wendt.)
Windscheid: Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. Düsseldorf 1856. (Citiert: Windscheid: Actio.)
— Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Auflage. Unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Th. Kipp. Frankfurt a. M. 1900. (Citiert: Windscheid: bezw. Kipp: Zusätze.)
Zeitschrift für Civilprozeß. Herausgegeben von Busch; fortgesetzt von Vierhaus und Schultzenstein seit 1879. (Citiert: Busch.)
— für das Privat- und öffentliche Recht. Herausgegeben von C. S. Grünhut. (Citiert: Grünhut.)
Zimmermann: Über fingierte und stillschweigende Cession insbesondere der Vindikation. In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Herausgegeben von Linde, Marezoll und v. Schröter. Bd. 15. S. 102 ff. (Citiert: Zimmermann.)

Abkürzungen.

a. a. O. = am angegebenen Orte.
A. oder Anm. = Anmerkung.
Abs. = Absatz.
A. L. R. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794.
A. M. = Anderer Meinung.
Bd. = Band.
Bem. = Bemerkung.
B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896. Zumeist nur nach dem Paragraphen ohne den Zusatz B. G. B. citiert.
C. c. oder Cod. civ. = Code civil des Français vom 20. März 1804. Seit 1807: Code Napoléon. Seit 1814 wieder Code civil.
C. P. O. = Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich in der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898.
E. = Entscheidungen.
Ih. Ib. = Ihering's Jahrbücher.
K. O. = Konkursordnung für das Deutsche Reich in der Bekanntmachung des Reichsknzlers vom 20. Mai 1898.
L. R. = Landrecht.
N. = Note.
O. A. G. = Oberapellationsgericht.
O. L. G. = Oberlandesgericht.
Prot. = Protokolle.
R. G. = Reichsgericht.
R. O. H. G. = Reichsoberhandelsgericht.
S. = Seite; bei Gesetzesparagraphen = Satz.
St. G. B. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.
Vergl. = Vergleiche.

Die übrigen Abkürzungen sind teils wissenschaftlich feststehende, teils allgemein verständliche, teils ergeben sie sich aus dem Text und dem Literaturverzeichnis.